

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1026

(Ano XIII)

(30/06/2021)

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: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Alienação parental: o que é e como identificá-la?

Categoria: Civil

Maria Tereza Vitangelo, 09.

ARTIGOS

A atipicidade da conduta do partícipe e os requisitos para sua responsabilização no direito penal brasileiro

Francisco José Vilas Bôas Neto, 12.

A falsa identidade, estelionato e os crimes contra a honra no ambiente cibernético

Gilmara Kelly Romão Costa, 27.

A violação do princípio da legalidade no direito penal através do ativismo judicial

Rodrigo de Oliveira Lopes, 44.

Ativismo judicial e reflexos da judicialização da saúde no Brasil

Ecleziast de Paula Galvão Junior, 62.

Garantismo penal e a premissa de um estado democrático de direito

Nizomar Andrade Ramos, 94.

Os aspectos jurídicos e procedimentais do crime de estupro de vulnerável no ciberespaço

Francisco Rafael Pereira da Silva, 110.

Responsabilidade administrativa ambiental: processo administrativo

Gabriel Da Silva Thomaz, 123.

Estado democrático de direito e participação popular na região canavieira de Alagoas

Thalles Gomes Camello Da Costa, 139.

A privatização do sistema carcerário brasileiro

Fábio Henrique Borba Ferreira e Cássio Henrique da Silva Rocha, 156.

A prisão em flagrante forjado e sua ilegalidade

John Weisten Rodrigues da Costa, 178.

A constitucionalização do direito de família e seus reflexos jurídicos

Ralph Pereira de Moraes, 196.

A flexibilização da jornada de trabalho e o princípio do não retrocesso social

Vanderleyson Freitas dos Santos, Andressa Pereira de Souza e Letícia Nascimento Soares da Silva 209.

Notas sobre a participação popular nas decisões e atos administrativos

Thalles Gomes Camello da Costa, 231.

Crime de estupro de vulnerável x pedido de prisão preventiva: a notícia criminis basta para o pedido de prisão?

Eliza Mara Alves Costa, 267.

Políticas públicas de saúde aplicadas aos grupos vulneráveis

Mariana Cardoso Penido dos Santos, 312.

Algumas disposições legais sobre a temática da poluição sonora e da poluição visual

João Carlos Parcianello, 331.

Origem e etimologia da palavra "direito": o "ius directum" como a atividade de "dizer o direito"

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio De Santana, 342.

Os efeitos da aplicabilidade da Lei 4330/04 no trabalhador da saúde no Brasil: análise da (in) constitucionalidade

Ana Claudia Rodrigues da Silva, 357.

Reflexões acerca do direito do consumidor e as suas relações de consumo virtuais.

Wellem Flores Lima Silva, 370.

O trabalho intermitente frente aos princípios e garantias fundamentais trabalhistas: Uma análise da convencionalidade da nova figura laboral de trabalho intermitente e sua aderência à lei trabalhista

Darlan Policarpo e Isabella Guerra Ferreira, 389.

Métodos adequados de tratamento de conflitos: acesso à ordem jurídica justa

Luiz Antônio José da Silva Júnior e Guilherme Augusto Martins Santos, 414

Quilombo urbano Barranco de São Benedito e Associação Crioulas uma visão socioeducativa

Cristianne De Lima Seabra Procopio, 431.

A importância da bioética e do biodireito para os direitos do nascituro

Mariana Cardoso Penido dos Santos, 443.

A misoginia nos crimes virtuais: “análise da misoginia em crimes digitais no Brasil”

Luiza Clara Teixeira Batista, 465.

A responsabilidade civil pelo erro médico e a atividade jurisdicional

Luciana Silva Fernandes, 490.

Morte digna a luz do biodireito

Aurison Luigi Carvalho Tameirão, 510.

O sistema prisional brasileiro e os impedimentos para a ressocialização do preso

Andrew Costa Pinheiro, 524.

Direito de morrer com dignidade

Quéren Hapuque Rodrigues, 538.

Violência de gênero: mecanismos de enfrentamento

Lucilene Liborio da Costa, 553.

LEI 13.491/2017: sua constitucionalidade e efeitos

Enock Oliveira da Silva, 564.

Investigação criminal pela polícia judiciária

Amábile Alícia Lobo Beckman, 591.

O estupro de pessoa menor de 14 anos e a relativização do conceito de vulnerável

Alexandre De Araujo Rodrigues, 613.

Responsabilidade do Estado: efeitos da morosidade na entrega da prestação jurisdicional no Brasil

João Pedro Oliveira dos Santos, 633.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 5.938 e a crítica ao art. 394-a da CLT

Maiara de Paula Martins, 647.

ALIENAÇÃO PARENTAL: O QUE É E COMO IDENTIFICÁ-LA?

MARIA TEREZA VITANGELO: advogada
Sócia do Battaglia & Pedrosa
Advogados – Atuante nas Áreas de Gestão
Patrimonial, *Direito de Família e Sucessões*.

Os casos de alienação parental infelizmente são mais frequentes do que imaginamos e são muito comuns em processos litigiosos de divórcio, em que as partes disputam sobre a regulamentação de guarda e o regime de convivência dos filhos em comum.

Na maioria das vezes, as partes envolvidas na ruptura de uma relação amorosa estão machucadas, e, tomadas por sentimentos de frustração, raiva, mágoa e vingança, na maioria dos casos, acabam se utilizando do filho menor para manipular a situação, tentar obter vantagens emocionais e defender os seus próprios interesses, provocando muitas consequências emocionais, psicológicas e comportamentais negativas e nocivas à vida e à saúde de todos os envolvidos, principalmente do menor.

Sem dúvida alguma, as maiores vítimas nos casos de alienação parental são a criança e adolescente envolvidos, que ainda estão em processo de formação e amadurecimento, e não sabem discernir com clareza os seus sentimentos e a situação em que estão inseridos.

É um fato inegável que a alienação parental é um mal silencioso na família e que vai se revelando aos poucos de forma nefasta, à medida que as relações familiares são prejudicadas e o menor, vítima da situação, já afetado, vai demonstrando sinais de instabilidade emocional, agressividade, alterações de humor injustificadas, rejeição de um de seus genitores e demais familiares sem nenhum motivo aparente, dentre outras consequências.

Para melhor elucidar o tema, tal como define o artigo 2º da Lei 12.318 de 2010, temos que alienação parental caracteriza-se “como toda 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 o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

Assim, podemos dizer que a alienação parental está presente em toda e qualquer situação adotada por um dos genitores ou pela pessoa responsável pela guarda e cuidado da criança com a intenção de prejudicar a convivência familiar saudável e os vínculos de afeto no seio do grupo familiar.

Vale ressaltar que os avós, tios e demais parentes que convivem com a criança, além dos pais envolvidos, também podem ser vítimas da alienação parental, tal como também podem assumir, por vezes, a figura de alienador. Em outras palavras, significa dizer que a alienação não ocorre somente nas relações de afeto mantidas entre pais e filhos e que cabe a todos os familiares envolvidos ficarem atentos para que tal prática não ocorra e prejudique toda a família.

É importante frisar que, dentre as condutas capazes de configurar a alienação parental, a própria lei prevê no parágrafo único de seu artigo 2º, de forma exemplificativa, as seguintes práticas:

- I- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – Dificultar o exercício da autoridade parental;
- III – Dificultar o contato da criança ou do adolescente com o genitor;
- IV – Dificultar o exercício do direito regulamentado à convivência familiar;
- V – Omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou o adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI – Apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra os avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou o adolescente;
- VII – Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com os avós.

Identificada qualquer uma destas situações ou qualquer outra conduta que prejudique a convivência saudável e harmoniosa do menor com seus familiares, a própria lei prevê no artigo 6º que o juiz poderá, cumulativamente ou não, e sem prejuízo das providências cíveis e criminais cabíveis contra o alienador, adotar as seguintes medidas:

- I – 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.

Além dessas medidas, o Juiz poderá determinar a realização de um acompanhamento e de um estudo das relações familiares através de uma equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistente social e outros profissionais, como forma de avaliar e constatar a realidade fática da família e os possíveis motivos que ensejaram a alienação. O Juiz poderá ainda determinar a realização de entrevista pessoal com as partes e a análise do histórico familiar que provocou os desentendimentos que culminaram na alienação, dentre outras medidas que se revelarem necessárias para a preservação da integridade psicológica e emocional da criança e do adolescente envolvidos.

Não podemos olvidar que a família é o primeiro agente socializador do ser humano. Assim, é no seio familiar que as crianças e adolescentes devem receber o acolhimento, orientação, educação, amor e carinho necessários ao seu pleno desenvolvimento pessoal, devendo a família ser protegida da alienação parental.

Por fim, deve ficar claro que a convivência familiar saudável, harmoniosa e equilibrada, constitui um direito fundamental de toda criança e adolescente e deve ser totalmente respeitada, a fim de lhe propiciar as melhores condições e experiências para o seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano.

A ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PARTÍCIPE E OS REQUISITOS PARA SUA RESPONSABILIZAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

FRANCISCO JOSÉ VILAS BÔAS NETO:
Doutorando em Direito Penal pela PUC Minas.
Mestre em Filosofia pela FAJE/MG. Advogado
Criminalista

RESUMO: o desprezioso texto tem a finalidade de demonstrar os elementos conceituais do conceito analítico de crime, para, após, demonstrar que a conduta do partícipe não se amolda ao denominado fato típico. Em seguida, considerando que a conduta do partícipe não é típica, serão demonstrados os requisitos para a sua responsabilização pelo Direito Penal.

Palavras-chave: crime; atipicidade; responsabilidade penal.

RESUMEN: el texto sin pretensiones tiene como finalidad demostrar los elementos conceptuales del concepto analítico de delito, para luego demostrar que la conducta del partícipe no se ajusta al llamado hecho típico. Luego, considerando que la conducta del partícipe no es típica, se demostrarán los requisitos para su responsabilidad en Derecho Penal.

Palabras clave: crimen; atipicidad; responsabilidad penal.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A DEFINIÇÃO TEÓRICA DO CRIME. 2.1 Fato Típico. 2.2 Fato Antijurídico. 2.3 Fato Culpável. 3 A ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PARTÍCIPE E OS REQUISITOS PARA A SUA RESPONSABILIZAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Pela teoria finalista da ação e a partir do desenvolvimento do conceito analítico tripartido, a dogmática penal passou a definir o crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável.

Esses três elementos, ordenados de forma metodológica, são os fundamentos para a afirmação teórica de um fato como sendo criminoso.

A verificação da tipicidade é o primeiro passo para definir o crime, ocorrendo quando a conduta humana se enquadra na moldura do tipo penal. Somente após essa constatação, passaríamos para a verificação da antijuridicidade e em sequência da culpabilidade.

Assim, se uma conduta não é típica, ela não será considerada como criminosa e por consequência, será desnecessária a análise da antijuridicidade e da culpabilidade.

Ao examinar a figura do partícipe, prevista no artigo 29, parágrafos 1º e 2º do Código Penal, surge a dúvida: a conduta do partícipe se enquadra no tipo penal previsto em lei?

Se a resposta para a indagação acima fosse positiva, não haveria dúvidas quanto ao exame da antijuridicidade e da culpabilidade e eventual responsabilização penal. Por outro lado, como será descrito, a conduta do partícipe não se amolda ao tipo penal. Dessa forma, surge outra pergunta:

Não praticando uma conduta propriamente típica, o que legitima a responsabilização penal do partícipe?

Para responder a questão, o texto abordará a definição do conceito analítico tripartido de crime e mostrará os fundamentos para a responsabilização penal do partícipe da ação criminosa.

2 A DEFINIÇÃO TEÓRICA DO CRIME

Como dito na introdução, o crime é conceituado como sendo um fato típico, antijurídico e culpável. Essa é a definição analítica tripartida, reconhecida como a mais adequada para o modelo penal brasileiro.

A descrição do conceito analítico tripartido não é aleatória e os seus elementos devem ser examinados na ordem proposta. Com isso, o primeiro elemento objeto de análise é o fato típico.

2.1 Fato Típico

A tipicidade pode se entendida como o perfeito enquadramento da conduta humana voluntária, ao tipo penal em abstrato previsto na lei.

O primeiro elemento geral do crime é derivado do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, isto é, do Princípio da Legalidade. Se é necessário que uma conduta criminosa esteja prevista em lei, é também necessário que a ação humana esteja perfeitamente adequada ao modelo de comportamento descrito na lei, sob a ameaça de uma pena. Essa adequação é chamada de tipicidade. (BRANDÃO, 2019, p. 50)

Verifica-se que Brandão utilizou o termo tipicidade e não fato típico. Isto porque, há uma diferença entre um e outro. Fato típico é a previsão legal de uma conduta criminosa sob a ameaça de pena. Tipicidade é o enquadramento de uma conduta humana ao fato típico da lei. Enquanto o fato típico pode ser descrito como uma moldura, a tipicidade é a constatação se uma conduta humana cabe dentro dessa moldura.

A tipicidade é, pois, definida como uma relação de adequação entre a ação humana e a norma do Direito. Só se pode falar em crime se, primeiramente, a ação humana for típica, isto é, adequada ao modelo descrito na lei. (BRANDÃO, 2019, p. 50)

No mesmo sentido:

A expressão tipo possui o significado de modelo ou de determinada forma de classificação. Em Direito Penal, pode-se entender o tipo como modelo abstrato, posto que é representação genérica de comportamento humano que se considera proibido. O tipo materializa o princípio da reserva legal, na medida em que é a expressão da lei que descreve a conduta que deve ser considerada crime. (GALVÃO, 2011, p. 557)

A função do tipo penal, portanto, é a descrição da conduta proibida pelo Direito Penal, sob a ameaça de uma pena. Assim, cita-se como exemplo o tipo penal de homicídio que descreve a conduta típica *matar alguém*, sob a ameaça da pena de *reclusão de seis a vinte anos*.

Para que uma ação humana seja considerada típica, é necessário o exame dos elementos *conduta, nexa de causalidade, resultado e tipicidade (formal/material e conglobante)*.

A conduta comissiva ou omissiva tem o dolo e a culpa como elementos subjetivos. O dolo é consistente na vontade livre, consciente e capaz de realizar a figura típica. Na culpa, o agente, pela falta do dever objetivo de cuidado, agindo por negligência, imprudência ou imperícia, provoca o resultado criminoso não querido.

O dolo e a culpa, enquanto elementos subjetivos do tipo, estão previstos no artigo 18 do Código Penal que descreve a *conduta dolosa* quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo e a *conduta culposa*, por sua vez, quando o agente tiver dado causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Além dos elementos subjetivos, o tipo penal possui os chamados elementos objetivos.

A distinção entre os elementos objetivos do tipo e os subjetivos sustenta-se sobre princípios totalmente distintos. Ao tipo objetivo pertencem todas as características do delito que se concretizam no mundo exterior, e ao tipo subjetivo pertencem todos os elementos psíquicos ou outros da conduta interna do agente. (BRANDÃO, 2019, p. 129)

Como o tipo penal é um modelo de conduta, os elementos objetivos são aqueles que se concretizam no mundo exterior, como por exemplo, a ação descrita no verbo-núcleo do fato típico.

Essa conduta humana deverá provocar um resultado consumado ou tentado. O crime será considerado consumado quando todas as elementares do tipo penal restarem preenchidas. O crime será tentado, na forma do artigo 14, inciso II do Código Penal, quando a consumação não for alcançada por uma circunstância alheia à vontade do agente criminoso.

Entre a conduta humana e o resultado criminoso, deve haver um elo que a legislação denomina por relação de causalidade, conforme o artigo 13 do Código Penal.

A relação de causalidade, também chamada de nexos causal, pode ser definida da seguinte forma:

O nexos causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente. (GRECO, 2013, p.215/216)

Com o mesmo sentido:

Desse modo, a relação de causalidade tem por finalidade atribuir um resultado a alguém, isto é, tem por escopo determinar o autor do resultado, de que depende a existência de um crime. A atribuição do resultado ao seu autor garante a intransmissibilidade da responsabilidade penal. (BRANDÃO, 2019, p. 97)

Fernando Galvão, entretanto adverte:

Em termos filosóficos, a relação de causalidade é tema bastante polêmico. É possível que a causa estabeleça nexos real entre as coisas

ou, então, que o nexo causal seja apenas uma categoria mental que viabilize determinada interpretação da realidade. De qualquer modo, a filosofia concebe que a relação de causalidade envolve a totalidade das condições que determinam a consequência. (GALVÃO, 2011, p. 279)

Juntamente com a *conduta, resultado* e o *nexo causal*, para verificar se a conduta humana se amolda ao tipo penal, deve ser analisada a sua *tipicidade*.

A tipicidade é *formalmente* descrita como juízo de subsunção entre a conduta praticada no mundo real e a previsão do tipo descrito na lei e, *materialmente* descrita como a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado pelo Direito Penal.

Além da tipicidade formal/material, é necessário o exame da chamada tipicidade conglobante.

Nesse sentido:

Criada pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, essa teoria sustenta que todo fato típico se reveste de antinormatividade, pois, muito embora o agente atue em consonância com o que está descrito no tipo incriminador, na verdade contraria a norma, entendida como o conteúdo do tipo legal. (MASSON, 2011, p. 246)

Cláudio Brandão, a esse respeito ensina que:

A antinormatividade é plenamente concretizada com a realização de uma conduta que se amolde a um tipo penal, pois toda conduta amoldada àquele viola a norma que logicamente se extrai da sua definição legal e, com isso, viola o bem jurídico, que é o objeto de proteção da norma. (BRANDÃO, 2019, p. 151).

Nas palavras do próprio Zaffaroni:

Antinormatividad es la contradicción de una conducta con una norma prohibitiva, y la antijuridicidad es la contrariedad de esa conducta con el orden jurídico (en que armónicamente se complementan normas prohibitivas con preceptos permisivos). La antinormatividad se conoce a nivel de la tipicidad, pero la antijuridicidad no. (ZAFFARONI, 1981, p. 225)

Com isso, teremos que a conduta humana será considerada típica, quando preenchidos os elementos descritos acima. Antes de ser respondida a pergunta acerca da

responsabilidade penal do partícipe, que não pratica uma conduta propriamente típica, serão abordados os outros dois elementos da teoria analítica tripartida.

2.2 Fato Antijurídico

Ao passo que a tipicidade pode ser entendida como o perfeito enquadramento da conduta humana voluntária ao tipo penal, a antijuridicidade deve ser entendida como a conduta contrária ao ordenamento jurídico.

A antijuridicidade é o segundo elemento do conceito analítico do crime. Ela é definida como um juízo de valor negativo ou desvalor, que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter de não querida pelo Ordenamento Jurídico. (BRANDÃO, 2019, p. 149)

A conduta humana será antijurídica, quando não for justificada por uma excludente de antijuridicidade.

Pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do Direito como lícitas. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas. São situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou discriminantes. (BRUNO, 1967, p. 365)

No mesmo sentido:

No nosso Código Penal, a antijuridicidade está definida negativamente, isto é, por suas causas de exclusão. Isso se dá porque toda ação típica é, em princípio, contrária ao direito. (...). Por essa razão, a conduta típica, a princípio, é também antijurídica. Todavia, o direito penal prevê casos nos quais está autorizada a realização da conduta típica; de tais casos cuida a teoria da antijuridicidade, através das causas de justificação. (BRANDÃO, 2019, p. 169).

Conforme preceitua o artigo 23 do Código Penal, mesmo que uma conduta seja típica, ela não será antijurídica e, portanto, não será criminosa, quando o agente atuar amparado pelo *estado de necessidade*, *legítima defesa*, *estrito cumprimento do dever legal* ou pelo *exercício regular do direito*.

Estas são as quatro causas legais que excluem a antijuridicidade da conduta. A conduta típica, estando justificada por uma dessas causas, não será considerada como criminosa.

Além das quatro causas legais, a literatura aduz a existência de uma causa supralegal, consistente no consentimento do ofendido.

(...) quando o consentimento do ofendido não se constituir um elementar do tipo penal, sendo o bem jurídico disponível, o consentimento do ofendido funciona como caso de justificação. Por exemplo, sabe-se que o patrimônio é um bem jurídico disponível, assim, se o ofendido, observando a destruição do bem de sua propriedade por uma pessoa enraivecida, dá o consentimento para tal conduta, não se pode falar em crime de dano (art. 163 do Código Penal), por força de uma causa supralegal de justificação. (BRANDÃO, 2019, p. 187).

O que importa reconhecer é que, em princípio, o fato típico também será antijurídico. Todavia, não será antijurídico quando houver uma causa de justificação que exclua a sua antijuridicidade.

A constatação da tipicidade e da antijuridicidade forma o chamado *injusto penal*. Mesmo diante de um injusto penal, para que um fato seja definido como crime, é necessária a análise da culpabilidade.

2.3 Fato Culpável

O injusto penal (tipicidade + antijuridicidade) consiste em um juízo de reprovação sobre o fato criminoso. A culpabilidade, por sua vez, é um juízo de reprovação que recai sobre o agente que pratica o injusto penal.

Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Nas lições de Wlzel, "culpabilidade é a reprovabilidade da configuração da vontade". Toda culpabilidade é, segundo isso, culpabilidade de vontade. (GRECO, 2013, p. 373)

De igual forma:

A culpabilidade é um juízo de reprovação que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do Ordenamento Jurídico-Penal. A culpabilidade, por conseguinte, tem como objeto a realização de um juízo negativo sobre o homem. (BRANDÃO, 2019. P. 215).

Para que o autor de um injusto penal sofra a reprovação a título da culpabilidade, ele deverá ser imputável, ter a potencial consciência da antijuridicidade e dele poderá ser exigida uma conduta diferente da conduta delituosa.

Por outro lado, não haverá a culpabilidade no caso de inimputabilidade. A inimputabilidade será constatada pela idade do agente (quando ainda não houver completado dezoito anos) ou, na forma do artigo 26 do Código Penal, pela constatação de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que torne o agente inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Também não haverá culpabilidade, quando o agente carecer de potencial consciência da antijuridicidade.

A aplicação da pena ao autor de uma infração penal somente é justa e legítima quando ele, no momento da conduta, era dotado ao menos da possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato praticado. Exige-se, pois, tivesse o autor conhecimento, ou, no mínimo, a potencialidade de entender o aspecto criminoso do seu comportamento, isto é, os aspectos relativos ao tipo penal e à ilicitude. (MASSON, 2011, p. 477).

Mesmo tendo praticado o injusto penal e tendo o autor inimputabilidade e potencial consciência da antijuridicidade, o fato não será criminoso - por ausência de culpabilidade - quando não for possível exigir do agente uma conduta diferente da conduta típica.

Quando se carece, na culpabilidade, de qualquer de seus elementos, ela é excluída. A falta de consciência da antijuridicidade dá origem ao erro de proibição, o qual está regulado no art. 21 do Código Penal. A falta de imputabilidade dá origem à inimputabilidade, que está regulada nos arts. 26, 27 e 28 do Código Penal. A falta de exigibilidade de outra conduta dá origem à inexigibilidade de outra conduta. (BRANDÃO, 2019, p. 259).

Assim, quando for inexigível outra conduta do agente, ele não terá cometido crime, por exclusão da culpabilidade.

Conforme demonstrado, para que a responsabilidade penal seja atribuída ao agente, o fato praticado por ele deverá ser típico, antijurídico e culpável. Ausentes quaisquer desses elementos, não há o que se falar em conduta criminosa.

Com essa afirmação, renova-se a pergunta: não sendo típica a conduta do partícipe, como responsabilizá-lo penalmente?

3 A ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PARTÍCIPE E OS REQUISITOS PARA A SUA RESPONSABILIZAÇÃO

O artigo 29 do Código Penal descreve que *quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

O partícipe em sentido estrito, seria aquele que segundo a literatura jurídica, concorreria para o crime com uma intervenção de menor importância. De uma forma geral, a literatura jurídica chama de *autor do crime*, aquele de participação de maior relevância para a prática do ato criminoso e de *partícipe*, aquele cuja intervenção na prática delitiva teria uma relevância reduzida.

Já em sentido estrito, a participação traduz intervenção que se contrapõe à autoria e possui menor relevância jurídico-penal do que esta. Partícipe, nesse sentido, seria aquele que intervém no fato do autor para auxiliá-lo. Como intervenção de menor relevância é que será afora usada a expressão participação, bem como partícipe em referência ao concorrente que atue de maneira menos importante que o autor. (GALVÃO, 2011, p. 538).

Na mesma linha:

Já afirmamos ser o autor o protagonista da infração penal. É ele quem exerce o papel principal. Contudo, não raras vezes, o protagonista pode receber o auxílio daqueles que, embora não desenvolvendo atividades principais, exercem papéis secundários, mas que influenciam na prática da infração penal. Estes, que atuam como coadjuvantes na história do crime, são conhecidos como partícipes. (GRECO, 2013, p. 438)

Pelos conceitos trazidos acima por Galvão e Greco, é possível perceber que o partícipe seria um coadjuvante na prática criminosa. Brandão (2019) aduz que o partícipe concorre para a infração penal sem praticar o verbo-núcleo típico.

A literatura jurídica classifica a participação como sendo moral ou material.

Como definição de participação moral:

A participação moral é aquela que incide sobre o psiquismo do agente, podendo se apresentar sob a forma de induzimento ou sob

a forma de instigação. Segundo Antolisei, ela se verifica na fase de ideação do crime. Induzir é subministrar na mente de alguém uma ideia até então inexistente. Instigar é acalorar uma ideia já existente. É necessário que a participação moral seja também considerada uma das causas do resultado. (BRANDÃO, 2019, p. 311).

Com relação à participação material:

Na cumplicidade ou prestação de auxílios materiais, o partícipe facilita materialmente a prática da infração penal, por exemplo, cedendo a escada para aquele que deseja ingressar na casa da vítima, a fim de levar a efeito uma subtração, ou que empresta sua arma, para que o autor possa causar a morte do seu desafeto. (GRECO, 2013, p. 439/440).

Além do exemplo acima, Greco (2013, p. 441) cita como atuação do partícipe, a ação do agente B que induz ou instiga o agente A a cometer um delito.

Masson, (2011, p. 515) na mesma linha de Greco, afirma que será considerado partícipe de homicídio, aquele que, *ciente do propósito criminoso do autor, e disposto com ele a colaborar, empresta uma arma de fogo municiada para ser utilizada na execução do delito.*

Pelos exemplos trazidos acima por Greco e Masson é possível perceber que, conforme ensinado por Brandão (2019), o partícipe não realiza o verbo-núcleo típico.

Para que seja explicado de forma mais clara, o tipo penal do homicídio traz *matar alguém* como conduta típica. Para que o agente realize a conduta típica, ele deve praticar o verbo *matar* descrito no tipo penal. Da mesma forma, no tipo penal de furto, há a previsão de *subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel*. Para que o agente realize o fato típico, é necessário que ele pratique o verbo *subtrair*.

Sem a prática do verbo descrito no tipo penal, não é possível afirmar que a conduta de uma pessoa seja considerada propriamente típica.

Como foi verificado, a tipicidade refere-se ao perfeito enquadramento da conduta humana voluntária à moldura do tipo penal. Assim, a conduta humana voluntária de emprestar uma escada para o ladrão, não se enquadra na moldura típica do furto. A conduta humana voluntária de emprestar uma arma de fogo ao homicida, não se enquadra na moldura típica do homicídio. No primeiro caso, o agente que emprestou o material não

praticou o verbo *subtrair*, previsto para o crime de furto e, no segundo caso, o agente não praticou o verbo *matar*, previsto para o tipo de homicídio.

Constata-se que a conduta do partícipe, nessa premissa, é atípica por excelência.

Conforme já foi visto, partícipe é aquele que concorre para o crime sem realizar o verbo-núcleo típico, isto é, sem praticar a conduta que está proibida no tipo penal. De *per sí*, a ação do partícipe é atípica, por isso é que se diz que, a exemplo da tentativa, a participação é uma ampliação do tipo penal, porque em si mesmo o tipo não prevê a conduta do partícipe. (BRANDÃO, 2019, p. 309)

Assim como a conduta do partícipe, além da tentativa já citada por Brandão, há outras condutas criminosas que em sentido estrito, são atípicas. Veja-se, por exemplo, alguns casos de crimes omissivos.

Os crimes comissivos por omissão, também chamados de crimes de omissão imprópria, tratam, na forma do artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal, da chamada omissão penalmente relevante. O omitente, chamado de garantidor, não praticará o verbo-núcleo do tipo, mas responderá a título de coautoria ou participação.

Não sendo típica a conduta do partícipe, como será possível a sua responsabilização pelo Direito Penal?

Como ensinado por Brandão (2019) a participação será uma ampliação do tipo penal. Ela é uma conduta acessória, que gravita em torno da conduta principal (do autor).

A responsabilidade penal do partícipe encontra justificativa na teoria da acessoriedade limitada, adotada pelo Direito Penal brasileiro.

Encontra-se o fundamento para a incriminação do partícipe na chamada teoria da acessoriedade. Há uma regra na teoria geral do direito onde se determina que o acessório segue o principal, destarte, somente há possibilidade de punição do partícipe se houver a conduta de um autor. (BRANDÃO, 2019. P. 309).

A teoria da acessoriedade limitada preconiza que o partícipe terá responsabilidade penal, quando o autor tiver praticado ao menos, um injusto penal.

Nota-se que para a responsabilidade penal do partícipe, não é necessária que a conduta do agente principal seja de fato criminosa, sendo suficiente que ela seja típica e antijurídica. Com isso, se o partícipe auxilia um inimputável à prática de um crime, em que pese este não ser penalmente punível, o partícipe será responsabilizado pelo Direito Penal.

Cumprе ressaltar, conforme a previsão do artigo 31 do Código Penal, que o crime deve ser ao menos tentado.

Código Penal

Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Para que o crime seja considerado ao menos tentado, é necessário que o agente principal entre na fase de execução delitiva e que o fato não se consuma por uma circunstância alheia à sua vontade.

Cumprе ressaltar que a participação inócua, que não é eficiente para contribuir ao resultado, não é punível.

Com isso, considerando o sobredito, é importante dizer que para que a conduta do partícipe seja passível de intervenção penal, são necessários alguns requisitos:

- 1) Exista um autor principal que pratique o verbo-núcleo do tipo;
- 2) A conduta do autor principal deve consubstanciar um injusto penal (tipicidade + antijuridicidade);
- 3) O fato deve ser ao menos tentado pelo autor principal;
- 4) Exista um acordo de vontades (liame subjetivo) entre o autor e o partícipe para a prática do ato;
- 5) A participação não deve ser inócua, ou seja, ela é uma das condições para a ocorrência do resultado.

Preenchidas as condições descritas acima, mesmo não sendo uma conduta propriamente típica, estará autorizada a responsabilidade penal do partícipe de acordo com a legislação vigente.

É essencial ressaltar, que em razão da participação ser de importância reduzida, a legislação brasileira prevê no parágrafo 1º do artigo 29 do Código Penal, que a pena será diminuída de um sexto a um terço.

CONCLUSÃO

Como apresentado no texto, pela teoria finalista da ação e a partir do desenvolvimento do conceito analítico tripartido, a dogmática penal passou a definir o crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável.

Estes três elementos, ordenados de forma metodológica, são os fundamentos para a afirmação teórica de um fato como sendo criminoso.

A verificação da tipicidade é o primeiro passo para definir o crime, ocorrendo quando a conduta humana se enquadra na moldura do tipo penal. Somente após essa constatação, passaríamos para a verificação da antijuridicidade e em sequência da culpabilidade.

Assim, se uma conduta não é típica, ela não será considerada como criminosa e por consequência, seria desnecessária a análise da antijuridicidade e da culpabilidade.

Ao examinar a figura do partícipe, prevista no artigo 29, parágrafos 1º e 2º do Código Penal, surge a dúvida sobre a responsabilidade penal desse agente.

Como descrito, a conduta do partícipe não se amolda ao tipo penal, mas a legislação penal brasileira descreve a possibilidade da sua responsabilização penal.

Não praticando uma conduta propriamente típica, o que legitima a responsabilização penal do partícipe seria a constatação de cinco fatores: a) a existência de um autor principal que pratique o verbo-núcleo do tipo; b) o autor principal deve praticar um injusto penal; c) o autor principal deve ao menos tentar praticar um fato típico e antijurídico; d) deve existir um acordo de vontades entre o autor e o partícipe e, e) a participação não deve ser inócua.

Preenchidos estes requisitos, o partícipe poderá ser penalmente responsabilizado, mesmo que a sua conduta não seja propriamente típica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Principios de derecho penal mínimo. Criminología y sistema penal** (*Compilación in memoriam*). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime**. In. VILAS BOAS NETO, Francisco José (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). **Ensaio de intervenção penal e garantismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2002.

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

GALVÃO, Fernando. **Direito penal:** parte geral. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 15ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.** Pena y Estado. Barcelona, PPU, no 1, set./dez. 1991.

MANGIAMELI, Agata Cecília Amato. **Filosofia do direito penal:** quatro vozes para uma introdução. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral.** 5ª edição. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Pablo Alves. O que se passa na cabeça de um garantista? In: VILAS BOAS NETO, Francisco José (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). **Ensaios de intervenção penal e garantismo.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Editora DelRey, Belo Horizonte, 2007.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal:** fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. 2º ed. vol. 6. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.** Madrid: Civitas, 1997.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal.** Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 2018. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3946/pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la custión penal.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal.** T. III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ***Política y dogmática jurídico-penal: política y no "política criminal" o meramente "penal"***. Período eletrônico Direito e Democracia, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2441/1667> . Consulta realizada em 06/09/2020.

A FALSA IDENTIDADE, ESTELIONATO E OS CRIMES CONTRA A HONRA NO AMBIENTE CIBERNÉTICO

GILMARA KELLY ROMÃO COSTA:

Graduanda do Curso Superior em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - Ulbra Manaus

RESUMO: A sociedade, como um todo, está cada vez mais conectada e dependente das mídias sociais, se utilizando dos mais diferentes recursos para satisfazer um amplo leque de demandas, que vão desde aos aplicativos de pedidos de comida aos aplicativos de compartilhamento de viagens. Os benefícios que essa invenção tecnológica possibilitou ao ser humano, engloba todas as áreas da vida de qualquer usuário, seja no ramo profissional, proporcionando o rápido tráfego de envio de dados, ou no lazer, contribuindo para a colheita de informações do mundo todo em segundos, com o acesso a jornais e revistas online, por exemplo. Mais do que um mero passatempo, as redes sociais se transformaram em ferramentas de trabalho para muitos profissionais. O WhatsApp, por exemplo, já é utilizado organicamente para a troca veloz e eficiente de informações entre colaboradores de uma mesma empresa, além de serem empregadas como um meio de atendimento ao cliente e, até mesmo, um canal de vendas. No entanto, ao mesmo tempo em que revolucionou a comunicação, a internet facilitou o cometimento de crimes no ambiente virtual, em razão da dificuldade em se identificar os agentes praticantes dos delitos e ausência de uma legislação específica dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, o presente estudo intenta discorrer acerca dos crimes contra a honra e dos crimes relacionados à falsa identidade e ao estelionato no ambiente cibernético, por meio de revisão bibliográfica, na esfera legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Falsa identidade. Estelionato. Crimes contra a honra. Ambiente Cibernético.

ABSTRACT: Society as a whole is increasingly connected and dependent on social media, using the most varied resources to satisfy a wide range of demands, ranging from food ordering apps to travel sharing apps. The benefits that this technological invention made possible to human beings, encompasses all areas of any user's life, whether in the professional field, providing fast data sending traffic, or at leisure, contributing to the collection of information from around the world in seconds, with access to online newspapers and magazines, for example. More than a mere hobby, social networks have become work tools for many professionals. WhatsApp, for example, is already used organically for the fast and efficient exchange of information between employees of the same company, in addition to being used as a means of customer service and even a sales

channel. However, at the same time that it revolutionized communication, the internet made it easier to commit crimes in the virtual environment, due to the difficulty in identifying the perpetrators of crimes and the absence of specific legislation within the Brazilian legal system. Thus, this study intends to discuss crimes against honor and crimes related to false identity and embezzlement in the cyber environment, through a literature review, in the legislative, doctrinal and jurisprudential sphere.

Keywords: False identity. Embezzlement. Crimes against honor. Cyber environment.

INTRODUÇÃO

Com a revolução tecnológica, trazida pela Web 2.0, no início do século XXI, a internet e o compartilhamento de dados passaram a fazer parte da realidade de muitos países, incluindo o Brasil. Atualmente, a maioria esmagadora das transações comerciais, empresariais, sociais e acadêmicas, estão relacionadas ao mundo virtual.

Esse cenário foi ainda mais intensificado com a chegada da pandemia causada pelo novo coronavírus, em 2020, quando foram adotadas diversas medidas de contenção da propagação do vírus, sendo o isolamento social considerado o meio mais eficaz de redução do contágio. Assim, muitas modalidades de serviços foram substituídas pelo acesso remoto, conhecido popularmente como home office, se utilizando principalmente de ferramentas como o *WhatsApp* e o *Google Classroom*.

Além disso, as redes sociais como Instagram, Facebook e TikTok receberam ainda mais destaque com as pessoas confinadas em suas casas. Com tempo ocioso e restrições de locomoção, as redes sociais têm funcionado como uma verdadeira válvula de escape e, também, expressão dos mais diversos tipos de pensamentos.

Protegidos pelo aparente anonimato que a internet traz, muitos são aqueles que se aproveitam para espalhar Fake News, disseminar discursos de ódio e incitar o pânico, através da divulgação de notícias tendenciosas, escondidos atrás de perfis falsos, acreditando que a internet é uma "terra sem lei", um local em que os indivíduos podem agir conforme suas vontades sem se preocupar com as consequências de seus atos.

No entanto, esta premissa em nada condiz com a realidade legal brasileira, uma vez que as atitudes praticadas em meio virtual podem gerar inúmeras consequências para aqueles que as praticam, inclusive em âmbito penal. Muito embora seja considerado um assunto recente, o surgimento das novas tecnologias fez com que o direito se adequasse a esta nova realidade e encontrasse formas de aplicar a lei penal aos novos casos concretos existentes na sociedade, sobretudo atuando na proteção dos bens jurídicos de terceiros que são ocasionalmente violados no ambiente virtual.

Esse novo cenário histórico-social, em que a internet e as redes sociais transformaram drasticamente a esfera das comunicações, trouxe, também, consequências indesejáveis, especialmente no que se refere à elevada incidência de perfis falsos, também chamados de *fakes*, sendo recorrente o uso não autorizado de imagens de terceiros, divulgando conteúdos que atacam a honra, expondo as pessoas ao ridículo, e, por estes motivos, em alguns casos, poderão ser punidos pela legislação brasileira.

Além dos casos envolvendo perfis falsos para ofensa da honra e expressão de pensamentos de indiscriminada, de teor prejudicial e/ou ofensivo, ainda existem os crimes de estelionato, onde os sujeitos se utilizam da internet para aplicar golpes em usuários das redes sociais, no intuito de obter algum tipo de vantagem.

Frente a este cenário, o presente estudo teve por escopo determinar quando a utilização de um perfil falso é crime e apresentar os dispositivos legais destinados à punição dos crimes virtuais vigentes na legislação brasileira, descrevendo a tipificação dos crimes praticados por meio de um perfil falso, incluindo-se os crimes de estelionato e contra a honra.

Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa qualitativa bibliográfica, realizada através da análise das disposições contidas na legislação vigente sobre a temática, bem como na doutrina e na jurisprudência, seguida da apreciação de outros estudos existentes na literatura, contidos em livros, artigos e periódicos.

2 A FALSA IDENTIDADE, ESTELIONATO E OS CRIMES CONTRA A HONRA NO AMBIENTE CIBERNÉTICO

No contexto histórico-social brasileiro atual, predomina a era da inclusão digital, decorrente do alcance massivo da Internet, cuja qual passou a dominar boa parte das atividades cotidianas, tornando seus usuários totalmente dependentes de aplicativos e dispositivos informáticos, para os mais diversos fins, seja para fins de entretenimento, seja para realizar transações comerciais, como fazer compras, efetuar pagamentos, estudar, e, até mesmo, para buscar novos relacionamentos.

Os usuários dos sistemas de rede de computadores dispõem livremente de *sites*, *home pages*, programas, portais e e-mails eletrônicos, e a eles podem ter acesso adultos, adolescentes e até crianças. Este livre acesso à Internet gera uma série de questionamentos sobre o estado da capacidade das pessoas, da responsabilidade civil e penal dos agentes, da vontade, privacidade, intimidade e honra dos operadores e usuários, bem como problemas de domicílio, território, jurisdição e direitos autorais dos dados e das informações armazenadas e acessadas sem fixação de tempo e espaço (PEREIRA, 2010).

Aproveitando-se dessa nova realidade, que mescla disponibilidade de dados à dependência eletrônica, têm sido progressivamente mais frequentes os casos em que os cidadãos usam da rede mundial de computadores para cometer atos ilícitos. Na Internet, impera a liberdade virtual de caráter ilimitado; é justamente na falta de limites territoriais que se criam os problemas éticos e jurídicos e residem as maiores dificuldades para a aplicação do direito nas áreas civil e penal (PEREIRA, 2010).

O aparecimento dos primeiros casos de crimes informáticos data da década de 1960, e estes nada mais eram que delitos em que o infrator manipulava, sabotava, espionava ou exercia uso abusivo de computadores e sistemas. A partir de 1980, houve um aumento das ações criminosas, que passaram a refletir em, por exemplo, manipulações de caixas bancários, abusos de telecomunicação, pirataria de programas e pornografia infantil (GIMENES, 2013).

No Brasil, a prática de criar contas com o nome de outras pessoas já era bastante comum no Orkut, uma das primeiras redes sociais a fazer sucesso mundial e que funcionou como uma porta de entrada para a internet para milhões de pessoas. Muitas vezes, esses fakes eram criados por adolescentes como forma de entretenimento. Normalmente, utilizavam nomes que eles mesmos criavam, de forma que não remetessem diretamente a nenhuma pessoa física. Mas, com a facilidade de criar uma conta com nome e foto de qualquer pessoa e a possibilidade de ter um certo nível de anonimato online, logo começaram a surgir perfis falsos que buscavam prejudicar, enganar e extorquir usuários. E essa prática se mantém até hoje.

Assim, a internet que, por um lado, tem rompido as barreiras das comunicações sociais, sendo a maior fonte universal de agilidade no tráfico das informações direcionadas à pesquisa de novos conhecimentos, transforma-se também em instrumento perigoso para a divulgação de acusações falsas e irresponsáveis; são ameaças, inverdades, violências e até crimes, com quase nenhuma possibilidade de repressão ou punição aos infratores (PEREIRA, 2010).

É nesse espaço que qualquer um pode publicar e divulgar conteúdos com outros internautas. Dessa forma, menciona Wolton (2003), que cada um pode agir sem intermediário quando bem quiser sem filtro, nem hierarquia e, também pode vir a produzir reflexos na esfera jurídica. Menciona, ainda, que as trocas de informações podem vir a causar danos, podendo ensejar a necessidade de reparação.

2.1 Internet e ambiente cibernético

Discorrer ou mesmo conceituar o ciberespaço (ou espaço virtual) não é tarefa fácil, pois como se define um espaço do qual não possui "espaço", que não ocupa espaço, que não possui representação física, mas que, porém, afeta a vida e condiz em resultados no

mundo facta. O mesmo, apesar de difícil, já que não existe um consenso, trata-se de um espaço, quase que em sua maioria, reservado à comunicação, mesmo que com local indefinido e impalpável.

O ciberespaço é um novo local de consulta de dados, possibilitado pelo avanço da tecnologia. Uma nova técnica ou método que absorve a todas as outras e dispõem recursos inimagináveis. Consiste em um espaço novo, que não se tem muito conhecimento, com muitos desafios e incertezas. Um espaço ou local em branco, impalpável, sem existência ficta, um local construído sobre sistemas (CAETANO, 2015).

A internet pode ser considerada o principal ambiente do ciberespaço (ou espaço virtual), devido à sua popularidade e utilização, mas ele também incorre em outras tecnologias, como serviços de comunicação: celulares, satélites, redes de informação, entre outras. Segundo Corrêa:

A Internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento. (CORRÊA, 2000, p 135)

Trata-se, assim, de uma invenção tecnológica que facilitou sobremaneira as relações comerciais, acadêmicas e sociais, facilitando o intercâmbio quase que instantâneo de informações, não importando a localização geográfica do usuário.

Almeida et al (2017, p. 219), no entanto, relacionam a evolução da internet com os crimes no cyberspaço, ao dizer que “a evolução da internet e o aumento desenfreado da informatização fazem com que os crimes praticados pela internet, [...] sejam cada vez mais frequentes e difíceis de lidar no ordenamento jurídico brasileiro”.

Bortot (2017, p. 339) distingue que “a ocorrência desse tipo de crime aumenta a cada dia, e ao contrário do que muitas vezes se imagina, as repercussões não são apenas em face do particular”, cabendo, pois, ao regime jurídico nacional, se adaptar à essas mudanças e fornecer as medidas cabíveis para proteger os usuários.

Sendo assim, se por um lado, ao mesmo tempo em que rompeu com as fronteiras da comunicação, possibilitando a transmissão de informações e de dados, a internet também favoreceu a passagem de crimes comuns no mundo real, para o mundo virtual, dando origem aos chamados crimes cibernéticos.

2.2 Crimes virtuais: considerações iniciais

Também chamados de crimes digitais, crimes eletrônicos, cyber crimes, crimes cibernéticos, entre outras nomenclaturas. São os nomes dados à atividade onde um computador ou rede destes é utilizada como base para cometimento de crimes ou facilitação para destes.

Podendo se categorizar esses crimes de acordo com a sua forma de cometimento: os crimes que são cometidos utilizando o computador como instrumento para que se cometa a infração e aqueles em que o crime é cometido contra o aparelho em si, o objeto é danificado ou violado de alguma forma (JORGE; WENDT, 2013).

Segundo Crespo (2011, p. 72), os crimes virtuais "são os crimes praticados com auxílio de modernas tecnologias. Assim, essa denominação apenas representa que os ilícitos penais tradicionais podem ser cometidos por meio de novos *modi operandi*".

Os cibercrimes são, portanto, comportamentos humanos lesivos a bens juridicamente tutelados, caracterizados pelo uso ou abuso da tecnologia informática, seja com o emprego de um hardware ou um software como instrumento, seja tendo o hardware ou o software como alvos da ação criminosa. (MORAES, 2015)

Pinheiro informa que:

O crime cibernético é qualquer ação típica, antijurídica e culpável, cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão em que um computador conectado à [...] internet – seja o instrumento ou o objeto do delito. (PINHEIRO, 2006, p.16)

Nesse sentido, as leis devem acompanhar as mudanças da sociedade, de forma a reparar qualquer tipo de problema que possa existir. Sem leis não existe direito, e impunes, os infratores da norma abusam das oportunidades para satisfazerem suas necessidades, sejam elas quais forem.

2.3 Da falsa identidade: o que é um perfil fake?

Os chamados perfis falsos podem ser criados por uma infinidade de motivos, como por exemplo, apenas para bisbilhotar anonimamente, para se fazer passar por outra pessoa ou, até mesmo, para difamar alguém ou aplicar golpes estelionatários, ensejando uma série de preocupações no que tange à ordem social na internet. No entanto, nem todas as modalidades de perfil fake podem ser consideradas delitivas.

Sendo assim, pretende-se explicar, neste item, as principais situações em que pode ser considerado como crime criar um perfil falso.

Quando falamos de perfis de internet, temos que ficar bem atentos, pois criar um perfil falso na internet, de uma pessoa que não existe, para proteger sua identidade, não é caracterizado como crime. Porém, fingir, efetivamente, ser uma outra pessoa, viva ou já falecida, ou seja, criar um perfil se passando por outrem, incidirá em um crime de “falsa identidade”. (BARBOSA; TEIXEIRA, 2020)

Se o fake é de uma pessoa real, viva ou morta, o responsável está cometendo o crime de falsa identidade, pois se faz passar por ela. Já os que usam perfis falsos para caluniar, além da falsa lógica, também devem pagar por crimes contra a honra. Entretanto, se esse perfil não for usado para obter vantagem nem para causar dano, não é crime de falsa identidade.

O direito à imagem vincula-se a tudo que é forma estética, ou seja, o corpo, o rosto, perfil da pessoa. Devido a isso, nos casos de abuso não autorizado da imagem de uma pessoa, esta pode requerer perante a justiça, a restituição do dano através de indenização (SCAPIM, 2012). Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 403 que refere: “Independente de prova do prejuízo à indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

O direito à imagem encontra amparo legal na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X, cujo qual prevê que: “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” e, também, nos incisos IV e V, que trazem as seguintes disposições, respectivamente: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1998, p. 1).

Portanto, resta evidente que se apropriar e utilizar de imagens de terceiros para criar perfis falsos viola o direito de imagem, o que só é permitido se a pessoa fotografada fornecer prévia autorização por escrito para tal finalidade.

Em contrapartida, colocar uma figura randômica e criar um perfil aleatório para preservar o anonimato, de modo que não resulte em nenhuma violação aos direitos de outrem, não é crime. Trata-se, no máximo, de uma infração aos Termos de Serviço da plataforma utilizada, que, usualmente, estabelecem como responsabilidade do usuário, o zelo pela integridade dos dados cadastrais.

Somente passa a ser considerado crime o uso de perfis falsos baseados em personagens e avatares, se existir for constatada uma conduta nociva por meio deste, ou seja, quando o perfil efetivamente é desenvolvido para fins escusos, chegando a obter vantagens, emocionais ou financeiras, assim como caluniar, chantagear, ameaçar ou comprometer a honra de alguém.

Normalmente, as denúncias só surgem quando o perfil falso é de uma pessoa real ou quando causa danos a outras pessoas. Neste caso, o acusado infringe o artigo 307 do Código Penal e pode pegar de 3 meses a 1 ano de prisão somente pela falsa identidade, conforme transcrição a seguir:

Art. 307 – Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave. (BRASIL, 1940)

Assim, a penalidade vara de três meses a um ano, quando for atribuída a identidade de uma outra pessoa na criação de um perfil, no intuito de obter alguma vantagem em proveito próprio ou alheio, ou ainda, causar dano a alguém. Assim, o ato de incorporar a personalidade de outras pessoas e manifestar-se em nome de outrem, na intenção de criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante é crime de falsidade ideológica (VELLOZO, 2015).

Por outro lado, conforme disposto no artigo 307 do Código Penal, se a criação de um perfil falso tiver como finalidade expressar opiniões ofensivas, caluniosas e discriminatórias, podem ser enquadrados os crimes de calúnia, injúria ou difamação, que podem ser, ainda, tipificados em conjunto, agravando o crime e, conseqüentemente, aumentando a pena.

No entanto, o referido dispositivo não enquadrava, de modo definitivo, a tipificação dos diversos tipos de crimes que podem ser cometidos on-line, seja por perfis falsos, seja por perfis verdadeiros, considerando que a internet é tida como uma terra sem lei (VELLOZO, 2015).

Nesse sentido, foi criada a Lei Nº 12.737, de 2012, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann, dispôs sobre a tipificação penal de delitos informáticos. Entretanto, tal como a legislação anterior, não tratou especificamente dessa conduta, tendo se debruçado sobre a invasão de dispositivo informático, a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública e a falsificação de cartão de crédito ou débito" de modo que se faz necessário

complementar a legislação penal, tipificando o uso de falsa identidade através da rede mundial de computadores (BRASIL, 2012).

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Nº 7758/14, do deputado Nelson Marchezan Junior (PSDB-RS), que tipifica penalmente o uso de falsa identidade através da rede mundial de computadores. Pela proposta, a nova redação do crime de falsa identidade, no CP, será de atribuir-se ou a outra pessoa falsa identidade, inclusive por meio da rede mundial de computadores ou qualquer outro meio eletrônico, com o objetivo de prejudicar, intimidar, ameaçar, obter vantagem ou causar dano a outrem, em proveito próprio ou alheio.

Percebe-se, assim, que nem a Lei Carolina Dieckmann nem referido projeto trazem a definição do crime de falsa identidade na internet nem, tampouco, alteram as penas previstas para o crime de falsa identidade no Código Penal, que continua sendo o de detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave, tornando necessária, destarte, a aprovação de um outro dispositivo que contemple tais ilicitudes, no intuito de complementar a legislação penal relacionada aos crimes cibernéticos associados à falsidade ideológica.

Não tem sido nada simples nem direto o relacionamento entre os avanços da tecnologia digital e a transformação social, haja vista a morosidade do Direito em acompanhar tais transformações.

2.4 Estelionato virtual

O estelionato virtual pode ser caracterizado como o crime praticado mediante invasão, adulteração ou clonagem de aplicativo de mensagens instantâneas e de chamadas de voz para telefones celulares ou com o emprego da internet, de dispositivo de comunicação ou de sistema informatizado (CUSTÓDIO, 2020).

Também pode ser considerado estelionato virtual, a utilização de sites falsos para a captação de dados do usuário. Por meio dessa modalidade, os golpistas estruturam uma página web na internet semelhante ao de alguma grande empresa conhecida, como por exemplo, uma página de login do Facebook ou um site de compras do Mercado Livre, por exemplo (CUSTÓDIO, 2020).

Ocorre, porém, que a dita plataforma não tem relação nenhuma com a verdadeira empresa, e ao inserir dados como usuário e senha ou numeração do cartão de crédito, os usuários acabam cedendo suas informações pessoais a estelionatários que podem utilizá-las como bem entenderem.

Além disso, podem ser criadas plataformas especificamente para enganar o consumidor ao vender produtos que nunca serão entregues. O consumidor efetua a compra on-line, mas não recebe o produto nem quaisquer informações sobre o mesmo. Na maioria das vezes, inclusive, não são disponibilizados no tal site, dados que identifiquem o vendedor, e em alguns casos o site é retirado do ar após determinado número de golpes (FERNANDES, 2021).

Os estelionatários se utilizam, ainda, de e-mails fraudulentos, com assunto chamativo, incitando o usuário a abrir a mensagem, assim como o envio de correntes e links por SMS ou por WhatsApp em que, ao clicar, o usuário acaba disponibilizando o acesso de seus dados a pessoas mal intencionadas (FERNANDES, 2021).

Tal prática encontra punição no art. 154-A do Código Penal, relacionada ao crime de invasão de dispositivo informático. O delito foi inserido no Código Penal pela Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, chamada pela imprensa de “Lei Carolina Dieckmann”, tendo em vista que a atriz havia sido vítima dessa conduta poucos meses antes (maio de 2012), em uma época em que ainda não havia tipificação específica.

Nesse sentido, o art. 154-A do CP tipifica o comportamento de quem, com propósitos escusos, invade dispositivo informático alheio para obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou para instalar vulnerabilidades que lhe possam proporcionar vantagem ilícita. Todavia, apesar de a sociedade estar cada vez mais inserida no mundo da informática, é nítido observar que o Direito (em especial, o Direito Penal) não acompanha, como deveria, a evolução que movimenta o setor cibernético. No quesito modernização da legislação criminal, o Direito caminha em passos analógicos.

Mais recentemente, a fim de punir e combater de forma mais incisiva tais delitos no ambiente virtual, foi sancionada, pelo presidente em exercício Jair Bolsonaro, a Lei Nº 14.155, de 27 de maio de 2021, que amplia as penas por crimes de furto e estelionato praticados com o uso de dispositivos eletrônicos como celulares, computadores e tablets.

A Lei Nº 14.155/2021 promoveu quatro alterações no crime do art. 154-A: 1) modificou a redação do caput, ampliando a incidência do tipo penal; 2) majorou a pena do crime na sua forma básica (caput do art. 154-A); 3) majorou os limites da causa de aumento de pena do § 2º; e 4) majorou a pena da qualificadora do § 3º.

Assim, a pena atual passou a ser de reclusão de um a quatro anos, perdendo a natureza de menor potencial ofensivo. A aludida lei trouxe, também, um agravante, com pena de reclusão de quatro a oito anos, para o crime de furto realizado com o uso desses aparelhos, estejam ou não conectados à internet, seja com violação de senhas, mecanismos de segurança ou com o uso de programas invasores.

Outrossim, o novo dispositivo mudou a redação antiga onde o tipo penal falava em invadir dispositivo informático alheio para estabelecer como crime a invasão de uso alheio. E, se antes, o tipo falava que era crime invadir sem autorização expressa ou tácita do TITULAR do dispositivo, com a nova lei, passou a ser tido como crime ato de invadir sem autorização expressa ou tácita do USUÁRIO do dispositivo.

A mudança teve por objetivo deixar claro que o sujeito passivo do delito não precisa ser necessariamente o proprietário do dispositivo, podendo a invasão ocorrer em um dispositivo que esteja sendo utilizado por alguém – que não é seu dono – mas que teve a sua privacidade violada, tendo em vista que, embora, na maioria dos casos, a vítima seja realmente proprietária do dispositivo informático, é possível identificar, em algumas situações, como sujeito passivo, o indivíduo que, mesmo sem ser o dono, de fato, do dispositivo, tenha se utilizado dele para armazenar seus dados ou informações que foram acessados indevidamente. É o caso, por exemplo, de um computador utilizado por vários membros de uma casa ou no trabalho, onde cada um tem perfil e senha próprios.

Outra importante mudança trazida pela Lei Nº 14.155/2021, refere-se ao mecanismo de segurança. Antes: o tipo penal exigia que a invasão no dispositivo informático alheio ocorresse mediante violação indevida de mecanismo de segurança. Exemplos de mecanismos de segurança: firewall (existente na maioria dos sistemas operacionais), antivírus, anti-malware, antispymware, senha para acesso. Com a redação dada pela nova lei, essa exigência foi abolida.

Assim, não é mais elemento caracterizador do crime apenas a invasão não autorizada de um dispositivo para obtenção. Caso alguém esqueça um pen drive, por exemplo, sem senha, ou deixe um celular ou computador, desbloqueado, sem qualquer senha, e uma terceira pessoa se aproveitar dessa situação para tirar alguma vantagem ou promover algum dano, ou mesmo vasculhar as imagens ali armazenadas, o crime resta configurado. Isso porque, mesmo sem a violação de mecanismo de segurança, a privacidade do indivíduo foi violada. Entretanto, se houver autorização tácita do usuário, não haverá crime (BRASIL, 2021).

Ademais, se a invasão ato resultar na obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena a ser fixada será de dois a cinco anos de reclusão e multa. Se praticado contra idoso, a pena será aumentada de um terço ao dobro, considerando-se o resultado.

2.5 Dos crimes contra a honra no ambiente virtual

Hodiernamente, diversos são os casos de crimes cometidos através da internet, contra a honra, confundindo-se o direito à liberdade de expressão com a falta de limites e de punição, dada a ideia errônea que muitos agressores têm de que a internet é um mundo sem lei.

De acordo com Prado, a honra pode ser descrita como:

A reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, a estima que lhe é conferida; subjetivamente, a honra seria o sentimento da própria dignidade ou decoro. A calúnia e a difamação atingiriam a honra no sentido objetivo (reputação, estima social, bom nome); já a injúria ofenderia a honra subjetiva (dignidade, decoro). (PRADO, 2008, p. 213)

A própria CF/88 Carta Magna de 1988 determinou a importância da honra em seu art. 5º, X, tratando-a como direito fundamental, juntamente com a intimidade, a vida privada e a imagem, assegurando, ainda, o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988)

De acordo com o Código Penal brasileiro existem três tipos de crime contra a honra: a calúnia, a difamação e a injúria, previstos em seus artigos 138, 139 e 140, conforme redação abaixo:

Art. 138 - *Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.*

Art. 139 - *Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.*

Art. 140 - *Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.*

(BRASIL, 1940)

A calúnia, portanto, está relacionada à atribuição indevida de um crime à figura de determinada pessoa, enquanto que a injúria, nada mais é, qualquer ofensa à dignidade de alguém e a difamação, é a imputação de ato ofensivo à reputação de alguém. Tais crimes quando cometidos no mundo virtual, em razão da possibilidade de visualização por milhares de pessoas ao mesmo tempo, acabam recebendo uma repercussão enorme, especialmente pela facilidade de transmissão que a internet possui, podendo agravar, em muito, os danos sofridos pela vítima.

Como consequência desse agravante, a preocupação com a questão dos crimes cibernéticos no Brasil, manifestou-se na promulgação de algumas leis, tendo em vista a

responsabilização civil e a tipificação penal desses crimes, resultando em muitos projetos de Lei que correm no Congresso Nacional, na tentativa de sanar as as complicações provocadas pela falha da legislação desajustada existente.

Por sua vez, muitos dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), retratam contexto histórico-social brasileiro, ao mostrar que a internet é, sim, um espaço de liberdade, de suma importância para a troca de informações e relações pessoais, mas também, é um espaço de responsabilidades (MIRANDA, 2019).

O STJ, através do informativo da Jurisprudência Nº 0434, dispõe sobre a competência dos crimes contra a honra no ambiente virtual:

COMPETÊNCIA. INTERNET. CRIMES CONTRA HONRA.

A Seção entendeu, lastreada em orientação do STF, que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) não foi recepcionada pela CF/1988. (...) Quanto aos crimes contra a honra praticados por meio de reportagens veiculadas na Internet, a competência fixa-se em razão do local onde foi concluída a ação delituosa, ou seja, onde se encontra o responsável pela veiculação e divulgação das notícias, indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores ou sua efetiva visualização pelos usuários. Precedentes citados do STF: ADPF 130-DF, DJe 6/11/2009; do STJ: CC 29.886-SP, DJ 1º/2/2008. CC 106.625-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/5/2016.

Desse modo, tratando-se de crimes contra a honra praticados pela internet, a competência deve ser firmada de acordo com a regra do art. 70 do Código de Processo Penal, segundo o qual "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução". Isso porque constituem-se crimes formais e, portanto, consumam-se no momento de sua prática, independentemente da ocorrência de resultado naturalístico. Assim, a simples divulgação do conteúdo supostamente ofensivo na internet já é suficiente para delimitação da competência.

Vale destacar, ainda, que os direitos fundamentais contidos no texto constitucional de 1988 não são absolutos, encontrando fronteiras na medida em que esbarram no direito de outras pessoas ou nos outros valores fundamentais. Nesse sentido, a liberdade de

expressão encontra limites nos direitos à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra à vida privada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da internet facilitou a disseminação e a troca de informações, em tempo real ou não, independentemente do tempo e da distância geográfica. Porém, ao mesmo tempo em que revolucionou as relações sociais e a comunicação, o ambiente virtual, quando mal utilizado, torna-se propício à prática de uma infinidade de atos ilícitos.

Nesse sentido, é possível constatar que a rede mundial de computadores abriu espaço para uma nova espécie de criminalidade: o cyber crime ou crime cibernético, caracterizado como o uso lesivo à honra, à imagem e/ou ao patrimônio de um usuário.

Na mesma medida em que facilitou a comunicação, a internet facilitou a prática de crimes utilizando-se apenas um computador ou smartphone, para a aplicação de golpes envolvendo prejuízo financeiro e emocional de pessoas nas mais variadas localidades. Tornou-se comum usuários se aproveitarem da ideia equivocada de impunidade e de anonimato, tanto para atividades comerciais ilegais, como na criação de perfis em aplicativos e sites de relacionamentos, na tentativa de obter alguma vantagem, quanto para publicar ofensas a outros internautas, violando os direitos de personalidade, normalmente por detrás de um perfil de fachada.

Diante disso, o presente estudo elencou os principais crimes passíveis de tipificação penal em nosso ordenamento jurídico, as penalidades e as alterações legais mais recentes, incluindo correntes doutrinárias e jurisprudenciais voltadas ao combate e à punição daqueles que se utilizam da rede mundial de computadores para aplicar golpes ou incorrer na violação de direitos de outras pessoas.

Além disso, foram estabelecidos os critérios para definir o contexto de falsidade ideológica na internet, discorrendo sobre quando é crime se apropriar de uma identidade inexistente para criar um perfil anônimo e quando não se constitui crime, restando evidente ser imperativo o dano a outrem, seja em relação à sua imagem, seja em relação à sua honra ou ao seu patrimônio.

A atuação do Estado, portanto, para combater esses crimes virtuais se faz necessária, no escopo de evitar que as pessoas fiquem expostas de forma indevida, sujeitas aos mais variados tipos de golpes e danos, em razão de outros usuários que publicam mensagens ofensivas com o intuito expresso de denegrir a imagem e a honra de outrem.

No entanto, embora tenham havido mudanças na legislação brasileira para punir aqueles que se beneficiam da internet para cometer crimes, essas mudanças não foram suficientes para acompanhar a criminologia crescente no mundo cibernético.

É preciso, portanto, que o nosso ordenamento jurídico tenha mais regulamentos capazes de proteger a privacidade, intimidade, a vida privada e dados pessoais de todos os cidadãos do país, principalmente no que tange à movimentação de dados eletrônicos, pois é um setor que carece de regulamentação, para não deixar sem proteção os bens jurídicos resguardados pelo Estado.

Sem a devida regulamentação legislativa acerca dos crimes virtuais, para tutelar os novos tipos penais, é impossível a sustentação dos direitos fundamentais de cada indivíduo e a conscientização da sua indispensabilidade e seu valor, alinhados com os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito como o Brasil, mediante a observância de direitos e garantias fundamentais, retomando, o Estado, a sua responsabilidade estatal de promover a segurança de seus cidadãos juntamente com o seu dever-poder de punir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. J; MENDONÇA, A. B; CARMO, G. P. **Crimes Cibernéticos**. 2015. 22 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tiradentes – Unit, Estância, 2015.

BARBOSA, W. R.; TEIXEIRA, H. P. **Perfil falso e suas consequências: criar um perfil falso na internet é crime?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83874/perfil-falso-e-suas-consequencias#:~:text=Se%20voc%C3%AA%20fingir%20ser%20outra,sua%20identidade%2C%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20crime>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BORTOT, J. F. **Crimes cibernéticos: aspectos legislativos e implicações na persecução penal com base nas legislações brasileira e internacional**. *Virtuajus*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.338-362, 12 dez. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15745/15745-56007-1>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

BRAGA, D. M; BRAGA, M. M.; ROVER, A. J. (2012) **Responsabilidade Civil das Redes Sociais no Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/aires_braga.pdf. Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 24 mai. 2021.

_____. **Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei Nº 14.155, de 27 de maio de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para definir a competência em modalidades de estelionato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC 29.886-SP, DJ 1º/2/2008.CC 106.625-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/5/2016.

CAETANO, A. M. P. M. **Crimes virtuais: aplicação, falibilidade e impunidade**. 2015. 20 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tiradentes – Unit, Aracaju, 2015.

CORRÊA, G. T. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUSTÓDIO, R. M. Estelionato virtual, uma nova realidade? Crimes virtuais e a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://rodrigomeloc.jusbrasil.com.br/artigos/934550652/estelionato-virtual-uma-nova-realidade>. Acesso em: 14 jun. 2021.

FERNANDES, A. C. M. Os crimes virtuais praticados na Covid-19. **Revista Consultor Jurídico**, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/fernandes-crimes-virtuais-praticados-covid-19>. Acesso em: 13 jun. 2021.

GIMENES, E. A. S. G. 2013. **Crimes Virtuais**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Emanuel_Gimenes.html. Acesso em: 14 de novembro de 2019.

LIMA, A. G.; DUARTE, A. **Crimes virtuais: conceito e formas de investigação**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 19, nº 990. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/10382/crimes-virtuais-conceito-formas-investigacao>. Acesso em: 24 mai. 2021.

MORAES, A. R. A.; SANTORO, L. F. **Direito Penal Avançado**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

PEREIRA, T. *Crime Virtual*. 2010. 77 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí-univali, Florianópolis, 2010.

PINHEIRO, E. P. **Crimes virtuais: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal**. 2006. 34 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006.

TEIXEIRA, T. **Direito Eletrônico**. 4ª Ed. São Paulo: Joarez de Oliveira, 2007.

VELLOZO, Jean Pablo Barbosa. Crimes informáticos e criminalidade contemporânea. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4515, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44400>. Acesso em: 16 jun. 2021.

WENDT, E.; NOGUEIRA JORGE, H. V. **Crimes Cibernéticos, Ameaças e procedimentos de investigação**. São Paulo, Editora Brasport, 2013. 2ª Edição.

WOLTON, D. **Internet, e depois?** Porto Alegre: Sulina, 2003

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL

RODRIGO DE OLIVEIRA LOPES:
Graduando do Curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus –
ULBRA.

RESUMO: O presente artigo visa trazer à tona um debate bastante atual sobre o papel ativo do Poder Judiciário. Trazendo questões de omissão e mora do Poder legislativo, interpretação de princípios constitucionais, bem como as interferências do Judiciário em questões envolvendo a liberdade do cidadão. Os riscos do ativismo judicial no âmbito do Direito Penal estão diretamente atrelados ao princípio constitucional da Legalidade, a legitimidade democrática, a politização do judiciário e a falta de habilidade institucional da justiça para tomar decisões em determinadas matérias. Procurando assim demonstrar que o ativismo judicial quando aplicado no Direito Penal, traz mais riscos para a realidade democrática do Brasil do que benefícios.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Princípio da Legalidade; Direito Penal; e Poder Judiciário.

ABSTRACT: This article aims to bring up a very current debate about the active role of the judiciary. Bringing questions of omission and delay of the Legislative Power, interpretation of constitutional principles, as well as the interference of the judiciary in issues involving the freedom of the citizen. The risks of judicial activism under criminal law are directly linked to the constitutional principle of Legality, democratic legitimacy, the politicization of the judiciary and the lack of institutional ability of justice to make decisions in certain matters. Thus trying to demonstrate that judicial activism when applied in criminal law brings more risks to the democratic reality of Brazil than benefits.

Keywords: Judicial activism; Principle of Legality; criminal law; and Judiciary Power.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL E SEUS SUB-PRINCÍPIOS; 2.1 Princípio da reserva legal; 2.2 Princípio da anterioridade da lei penal; 3. CONCEITO E HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL; 4. APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS; 4.1 Ativismo judicial na suprema corte do brasil; 4.1.1 Crítica; 5. ATIVISMO JUDICIAL – PENAL: RISCOS AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL; 5.1 Criminalização da homofobia pelo STF; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial vem se transformando nos últimos anos em um fenômeno de grande destaque no sistema judicial brasileiro e que em sua maioria de vezes faz suas aparições na Suprema Corte. Atualmente, pelo que podasse observar, é que o ativismo judicial faz com que nossos magistrados tenham uma atuação criativa e inovadora, procurando buscar uma nova interpretação com a intenção de atribuir uma efetividade aos direitos constitucionalmente estabelecidos em nossa Carta Magna, efetivando principalmente, no caso em que ocorre omissão pelos demais poderes da República que tem a obrigação de regulamentar e executar esses respectivos direitos.

Devido à grande mora e omissão que ocorre pelos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente em relação as suas obrigações e funções que estão constitucionalmente estabelecidas na Constituição Federal, fazendo com que o Poder Judiciário tenha uma maior participação nas decisões que envolvam temas sensíveis e que deveriam ser resolvidos por outras vias constitucionais. Devido essa maior participação do Judiciário, acaba que por vezes extrapolando seus limites e adentrando na seara da construção legislativa e execução de políticas públicas.

É consenso, que tanto os Poderes Executivos como o Legislativo estão passando por momentos de crise institucional e até mesmo democrática. Acabam por, certas vezes furtando-se de suas obrigações e deixando tudo nas mãos do Judiciário, e que em muitas das vezes acaba por ter que decidir algo para que certos direitos não fiquem desprotegidos.

A grande preocupação que vem ocorrendo nos últimos tempos é a corrente atuação do ativismo judicial no do Direito Penal, ramo do qual tem sua atuação frente a um dos bens mais caros à sociedade – a liberdade –, e devido a essa recorrente ação por parte do Supremo Tribunal Federal nesta seara, fica a preocupação quanto ao respeito na aplicação de certos princípios, em especial o da Legalidade no Direito Penal.

Portanto, se de um lado, existe um sentimento lato de justiça, exercendo um valor superior às normas jurídicas, por outro lado, ocorre também o seu sentido estrito, o qual resguarda o prevalecimento de um valor jurídico-político. Todavia, a pergunta que fica é: mesmo que sob a perspectiva meramente teórica, qual dessas teorias seria mais interessante para o Direito Penal? O que fica claro nesse atual momento, é o receio que esta flexibilização do Princípio da Legalidade no Direito Penal, traga grandes prejuízos ao cidadão e a sociedade menos favorecida.

O Supremo Tribunal Federal, exercendo o papel de Guardiã da Constituição, tem como obrigação de proteger e zelar pelo respeito às normas constitucionais. Mas essa necessidade de se manifestar acerca de determinadas questões não pode fazer com que sejam deixados de lado os princípios basilares da nossa Constituição, tais como a

Separação dos Poderes, princípio do regime democrático e o princípio da legalidade no Direito Penal.

2. HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL E SEUS SUB-PRINCÍPIOS

O conceito de legalidade está diretamente ligado com aquilo que está atrelado a lei ou que faz parte dela. Institui uma real limitação ao poder do Estado, de adentrar na esfera de liberdades individuais.

O conceito da legalidade, segundo Prado (2006, p. 130):

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*).

Conforme o entendimento do conceito de Luiz Regis Prado, e alinhado com Capez (2010), a legalidade seria um tipo de gênero, que compreenderia em duas outras espécies, das quais seriam a Reserva Legal e a Anterioridade da Lei Penal. O que fica evidenciado no art. 1º do Código Penal "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Já para uma outra parcela da doutrina, legalidade e reserva legal não teriam diferenças, sendo apenas sinônimo uma da outra. Nesta linha temos Alberto Silva Franco, o qual assevera que "o princípio da legalidade, em matéria penal (CF, art. 5º, XXXIX,), equivale, antes de mais nada, à reserva legal" (*apud* CAPEZ, 2010, p. 56 e 57).

No mais, pode-se concluir quanto a legalidade, a qual seria uma forma para restringir o arbítrio do Estado quando ele queira interferir na vida da população. Neste caso, o Estado só poderá interferir na vida de uma pessoa dentro da lei, assim também se aplica na relação do particular, onde só poderá interferir na vida de outro dentro da lei.

O Direito Penal na antiguidade não tinha a aplicação da legalidade, em contrapartida, o pensamento de punir já existira nas comunidades mais primitivas, que nasceram e se transformaram devido à necessidade do ser humano em sobreviver, sendo induzidos pelo impulso de sua consciência coletiva. Com isso, surgem as primeiras regras de comportamento nos grupos, com o objetivo de paz e harmonia social, criadas pelos costumes, tendo a base na crença religiosa, e até mesmo as vezes na magia.

A expressão em latim *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (não há crime nem pena sem lei prévia) vem sendo usada até os dias contemporâneos, e segundo alguns estudiosos, tem suas raízes na Magna Charta Libertatum, do rei João Sem Terra, na Inglaterra em 1215, consagrando em seu art. 39, *in verbis*:

“Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra”.

O princípio da legalidade tem ao longo da história percorrido grande evolução dentro dos ordenamentos jurídicos dos mais variáveis Estados Democráticos de Direito pelo mundo, encontrando nos dias atuais, sua previsão expressa, não apenas nos Códigos Penais, como também nas Constituições.

Em âmbito internacional, o princípio da legalidade surgiu como princípio essencial e fundamental do Estado de Direito, sendo implementado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11, II), pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (art. 15,1), pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 7), entre outros exemplos, e servindo como base para diversas constituições, inclusive a nossa Carta Magna de 1824.

2.1 Princípio da reserva legal

Quando se fala em Reserva legal no âmbito do Direito Penal, estamos falando na legalidade em sentido estrito, isto é, somente leis complementares ou ordinárias poderão tratar da matéria. Sendo assim, o princípio da Reserva Legal estabelece que somente as leis em sentido estrito poderão criar condutas criminosas e estabelecer as suas respectivas sanções penais.

Compactuando com o entendimento supracitado, temos asseverando (Sanches, 2015, p. 83): “segundo o princípio da reserva legal, a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou lei ordinária, aprovadas e sancionadas de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na CF/88”.

Isto posto, fica claro a vedação em legislar em matéria penal através de medida provisória, decretos e outros diplomas que não sejam leis complementares e leis ordinárias.

Não por acaso, temos a lição de Paulo Queiroz (apud Sanches, 2015, p. 83):

Medida provisória não pode definir infrações penais ou cominar penas. Quer pela efemeridade, quer pela incerteza que traduz, dada a possibilidade de sua não-conversão em lei ou de sua rejeição pelo Congresso Nacional, é claramente incompatível com o postulado de segurança jurídica que o princípio quer assegurar. Dificilmente se poderá compatibilizar ainda os pressupostos de relevância e urgência da medida com pretensões criminalizadoras, sobretudo à vista dos múltiplos constrangimentos que podem ocorrer no curto espaço de sua vigência.

2.2 Princípio da anterioridade da lei penal

Como vimos anteriormente, quando se tratar de matéria criminal, não basta apenas que a lei seja em sentido estrito (lei complementar e lei ordinária), é necessário que esta lei seja anterior ao fato que se visa incriminar.

Tal princípio, traz a garantia ao cidadão, na possibilidade de ter prévio conhecimento da respectiva conduta criminalizada e sua sanção aplicada, trazendo assim uma maior garantia de vida a toda sociedade. Capez (2010, p. 65) aponta que “é necessário que a lei já esteja em vigor na data em que o fato é praticado”.

O princípio da anterioridade traz em seu bojo, a proibição da retroatividade da lei maléfica, todavia, a retroatividade da lei benéfica é permitida. Resumidamente, a lei penal poderá retroagir, desde que seja para beneficiar o réu. Este mandamento está positivado em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, XL “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

3. CONCEITO E HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL

A imagem atualmente da justiça brasileira, é de uma justiça muito atuante, constantemente ativa quando se trata de assuntos que geram grandes repercussões e pressões pela mídia. E devido essa grande pressão, seja ela pela sociedade ou pela própria imprensa, cada vez mais estamos presenciando a judicialização da política, e neste caso, o judiciário vem tomando um destaque quase que absoluto frente aos demais poderes.

Essa atuação exacerbada do judiciário brasileiro, em especial do STF, e as suas constantes decisões e alterações no sentido da norma, ou praticamente na criação de “nova” norma jurídica, é denominado pela doutrina de ativismo judicial.

Nas palavras de Barroso, podemos perceber a amplitude do ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, p. 6, 2009).

Conforme alguns autores, dentre eles Clarissa Tassinari, em sua obra *Jurisdição E Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*, o ativismo judicial teve suas primeiras aparições no Estados Unidos, no ano de 1803, onde a Suprema Corte em uma decisão foi além do que estava previsto em sua Constituição.

Assim, Clarissa Tassinari descreve o início do ativismo judicial:

1803. Estados Unidos da América. Na discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do Chief Justice Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É declarada inconstitucional, portanto, a seção 13 do Judiciary Act – que atribuí a competência originária à Suprema Corte para tanto –, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no *Article III*. Com isso, por uma decisão judicial no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (judicial review) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso. Dá-se início, assim, às discussões sobre ativismo judicial em solo norte-americano (TASSINARI, *Jurisdição E Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Ed Livraria do Advogado, 1º edição, pag. 13).

Cabe destacar, que o que ocorreu nos Estados Unidos que hoje denominamos de ativismo judicial, para muitos doutrinadores, era uma forma que o Estado usava para

segregar direitos da população Afro-Americana, usando o ativismo judicial como uma forma de burlar a legislação e assim poder renegar direitos e garantias. Em sua grande maioria tais direitos estavam ligados na área social, educação e saúde.

Neste sentido Luís Roberto Barroso, Ministro do STF:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, p. 7, 2009).

Já quando falamos em ativismo judicial no Brasil, a sua previsão veio somente na Constituição Federal de 1988, devido a todo o período de ditadura em que o país viveu e com vários direitos sendo impedidos de serem exercidos pela sociedade, buscou-se com a nova Carta Magna, disponibilizar certos dispositivos que pudessem dar mais garantia ao cidadão e mais autonomia ao judiciário para rever certos atos pelos demais Poderes da República.

Conforme Clarissa Tassinari, a origem do ativismo judicial ocorreu graças ao processo de redemocratização instalado no país.

1988. Brasil. Ápice do denominado processo de redemocratização que rompeu com o período ditatorial no país, é promulgada a Constituição Federal da República Brasileira. O texto constitucional apresenta um numeroso rol de direitos (especialmente de cunho social) garantidos aos cidadãos. Reunindo a forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da

fundação da República (em 1890) com o modelo implantado pela Emenda Constitucional n.16/ 65, é prevista, textualmente, a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Constituição. A partir disso, começam os primeiros debates sobre ativismo judicial no país (TASSINARI, *Jurisdição E Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*. Ed Livraria do Advogado, 1º edição, pag. 14).

Com o passar dos anos, foi grande o crescimento do ativismo judicial nos tribunais brasileiros, em especial nos tribunais superiores. Grande tem sido também as críticas por parte da classe política, autores, imprensa e a própria sociedade em relação a essa interferência do judiciário em temas que deveriam ser tratados de uma outra forma.

Se antes o ativismo judicial era visto para ser aplicado em pequenos detalhes e omissões dos legisladores, hoje temos um ativismo judicial muito mais atuante, onde chegamos a ver o judiciário legislando literalmente, violando assim alguns princípios, entre eles o da separação dos poderes.

Nas palavras de Barroso, podemos perceber a amplitude do ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, p. 6, 2009).

4. APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Em que pese, o ativismo judicial já tenha um tempo de atuação em outros Estados Democráticos de Direito, a República Federativa do Brasil, só veio a adotar tal instituto na Constituição de 1988.

Grande parte deste atraso se deu em decorrência do período ditatorial que vivemos no passado, fazendo com que não só a constitucionalização dos Direitos Humanos ficasse congelado, mas diversos outros temas relacionados a jurisdição constitucional. Trazendo assim, grandes prejuízos para avanços em determinadas áreas.

Com a Constituição de 1988, criou-se a possibilidade de revisão constitucional de atos perpetuados pelos demais poderes da República. Como consequência da grande instabilidade política vivida ao longo dos anos, nota-se um grande aumento nas intervenções realizadas pelo Poder Judiciário.

Observando a Constituição de 1988, denota-se que grande foi a contribuição para que o Judiciário tomasse papel determinante na República, tendo poderes para fiscalizar e controlar a legalidade dos atos dos demais poderes, assumindo também, o papel de guardião da legitimidade, devido a diversos dispositivos elencados na CF pautadas no controle de constitucionalidade.

Hoje, um dos grandes atores desse ativismo judicial é nossa Suprema Corte, a qual a passos largos vem ano após ano entrando na seara dos demais poderes. Seja de forma negativa (declarando nulidade de algum ato), seja de forma positiva (instituído algum direito não positivado na norma). Muito tem se questionado sobre toda essa usurpação de poder dos demais Poderes, o qual, segundo a doutrina clássica, jamais o Judiciário poderia analisar o mérito de outro poder da República.

Grandes tem sido as decisões ultimamente tomadas pela Suprema Corte, mesmo que para tais decisões violem princípios fundamentais da Constituição Federal. Um grande exemplo disso é o art. 2º da CF "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

4.1 Ativismo judicial na suprema corte do brasil

Com o passar dos anos, o Supremo Tribunal Federal passou a ter um enorme destaque nas decisões que afetam diretamente a sociedade e a política brasileira. São vários os casos em que nossa Suprema Corte faz toma as rédeas de temas sensíveis e que não são tratados com a devida urgência seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, fazendo-se assim necessária uma intervenção por parte do judiciário.

Mas tal intervenção, sempre deve respeitar princípios e garantias constitucionais, fazendo com que os demais poderes continuem em plena harmonia e soberania. Com os holofotes todos virados para o STF, o que podemos observar é que o atual momento que passamos, está mais para uma guerra de poderes do que propriamente uma questão de "harmonia". Parece que cada Poder da República, quer mostrar que pode mais, e nessa guerra de poder, podemos observar as violações na Constituição Federal.

Não é devido a mora do legislativo, ou a falta de administração do executivo que pode dar ao judiciário o poder pleno de legislar, administrar e julgar. Pode parecer absurdo, mas o cenário que se desenha na atualidade, é caminhar para um Estado de Judicialização da Política, baseando-se com as recentes decisões tomadas pelo STF.

Desde já, é importante frisar que o ativismo judicial, conforme o caso, existirão aspectos positivos e negativos. Alguns exemplos dos primeiros podem-se citar a decisão do Supremo em mandado de injunção a qual versava sobre a utilização das mesmas regras do direito de greve que protegem os empregados do setor privado aos funcionários públicos, e atualmente e mais recente o julgamento definitivo do STF, atinente à execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância, o qual ficou decidido que o réu só poderá iniciar o cumprimento de sua sentença após o esgotamento de todos os recursos possíveis. Outro julgado importante, foi em relação à restrição do foro privilegiado para alcançar somente os crimes cometidos no exercício do mandato e desde que seja em função dele, destacando-se que tal decisão foi aclamada pela sociedade brasileira, fato raro nos últimos anos quando o assunto envolve nossa Suprema Corte. Em todos os casos o STF, a partir de uma interpretação com proatividade, audácia e sempre criativa da Constituição Federal, levando em conta a observância, às peculiaridades de cada caso e claro ao princípio da razoabilidade, conseguiu assim, produzir julgados alguns merecedores de elogios e outros nem tanto (o não cumprimento da prisão a partir da condenação em segunda instância é um exemplo de grande crítica por parte da sociedade).

Já em relação aos pontos negativos do ativismo judicial, venho aqui trazer três casos bastante criticados, e que na opinião de alguns doutrinadores, o STF além de usurpar a competência do Poder Legislativo, violou a nossa Carta Magna, a saber: a descriminalização do aborto realizado até o terceiro mês de gestação; a descriminalização do uso de drogas; e um dos pontos principais deste artigo, a criminalização da homofobia como crime de racismo, violando assim o princípio constitucional da legalidade. Os dois primeiros casos pendem de julgamento definitivo na Suprema Corte.

Sobre a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (ADPF 442), muitos são os autores que afirmam que caso seja chancelado pelo STF que a mulher teria o direito de realizá-lo até a 12ª semana de gestação, configuraria flagrante e ofensiva invasão da competência do Poder Legislativo. Sendo assim, conclui-se que a melhor decisão da ADPF 442 será o não reconhecimento da inicial ou julgar improcedente a ação, mandando assim, a discussão para o Poder Legislativo, que tem a autonomia pela Constituição Federal para tratar de tal assunto e realizar as devidas alterações e mudanças na legislação, sendo observado neste caso, o princípio da separação de poderes e o da democracia.

Tema também muito debatido, e com grande expectativa, é sobre o julgamento para a descriminalização do porte de drogas para consumo. O julgamento marcado para maio de 2019 foi adiado e não tem data para ser retomado. Grande parte da crítica ocorre devido a mais uma vez o STF estar usurpando as competências do Poder Legislativo, onde tramita nas casas do congresso o PLC 37, o qual versa sobre o mesmo tema. Sobre a transformação da homofobia em crime de racismo, algo que trouxe uma maior segurança as minorias, mas que para isso além de usurpar competência do Legislativo, afrontou diretamente princípios constitucionais, que a frente será mais explanado.

Conforme o já citado Ministro Barroso, do Supremo Tribunal Federal, diz a respeito do ativismo judicial:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo judicial é a autocontenção, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. (in Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO, ed Saraiva, 5º edição, pag 437).

O ilustríssimo Ministro traz na sua respectiva obra o termo "A judicialização da Vida", trazendo casos de grandes debates e divergências no STF eivados de ativismo judicial, sendo que dentre os vários casos, uns positivos e outros negativos e totalmente desnecessários.

A pergunta que fica é: o que pode se esperar do STF no futuro? Que função poderá exercer nesses tempos de radicalização da política e dos pilares do sistema judicial? Tendo em vista a grande atividade do Poder Legislativo e a alta quantidade de reformas que tramitam nas casas, talvez a pauta da Suprema Corte venha a ser mais reativa, lastreada por discussões sobre a garantia e preservação de direitos fundamentais. Uma frase marcante desse novo momento do STF, é a que seu atual presidente, o Ministro Dias Toffoli proferiu: "Não cabe ao Judiciário ser centroavante, mas nós seremos zagueiro", metáfora que serve para mostra todo esse momento de retração.

4.1.1 Crítica

A mora do Poder Legislativo poderia estar levando a sociedade a procurar soluções mais rápidas por parte do STF? Que há um grande um descrédito por parte da sociedade em relação a nossa classe política, isto é fato, mas será que foi isto que originou o ativismo

judicial? Pelas últimas decisões que tomou o STF, mostrava-se que estaríamos caminhando para uma substituição do mundo político pelo mundo jurídico, mas com todas as mudanças na classe política e a quantidade de reformas que se observa, parece que colocamos um pequeno freio em toda essa judicialização da política.

É claro, que não tem como negar a presença de ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal, todavia, sua aplicação sempre deve ser realizada com observância primordial do princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Quando falamos em matérias relacionadas ao Direito Penal, principalmente quando envolvem a liberdade do cidadão, a coisa fica mais sensível, pois temos princípios fundamentais basilares que devem ser respeitados e que para grande parte da doutrina são dotados de um certo absolutismo, tal como o princípio da Legalidade no Direito Penal.

Como falado anteriormente, todos entendemos que o Supremo Tribunal Federal em grande maioria de suas decisões tem empregado o ativismo judicial. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o crescimento do neoconstitucionalismo, possibilitou-se assim, a aplicação de novas interpretações, buscando sempre uma maior efetividade das normas constitucionais, principalmente, as que tratam sobre a proteção de direitos e garantias fundamentais do cidadão. É de se destacar que apesar das discussões sobre a legitimidade dessas decisões, vale salientar que o Supremo Tribunal Federal é o responsável de proteger e zelar pela Constituição Federal, sendo assim, seus princípios, preceitos e mandamentos. É o nosso guardião maior da democracia, dos direitos e garantias fundamentais e também da nossa segurança jurídica.

5. ATIVISMO JUDICIAL – PENAL: RISCOS AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

Poucos são os princípios Constitucionais que podemos dizer que seriam dotados de um absolutismo, tais como, o direito de não ser escravizado, não ser torturado, e um que ao meu ver, mexe diretamente com um dos bens mais preciosos do cidadão: a liberdade de ir vir. Esse princípio que trago à tona é o da legalidade, legalidade está em sentido estrito, ou como alguns a denominam, reserva legal.

Para que o Estado possa ter o direito de punir alguém criminalmente, é necessário que antes exista uma lei penal definindo a conduta criminosa, de maneira clara, explícita e indubitável (taxatividade), que tal lei tenha sido criada pelo Poder Legislativo (reserva legal), e que a mesma seja criada anteriormente a conduta que se deseja criminalizar (anterioridade da lei penal). Ademais, é taxativamente proibido conforme nosso ordenamento jurídico, fazer analogia (equiparar situações diversas) para prejudicar alguém.

É sabido que o direito de ir e vir pode ser relativizado, para isso temos nosso ordenamento jurídico prevendo leis que instituem infrações penais e cominam suas respectivas sanções, mas, o que grande maioria da doutrina acha um atentado contra o ordenamento jurídico penal é a relativização da legalidade no âmbito do Direito Penal. E para isso, tem se visto cada vez mais o Poder Judiciário dando mostras de que tal relativização seria algo normal.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, através do AREsp 686.965/DF, decidiu que a injúria racial deve ser considerada crime imprescritível, argumentando que o rol da lei 7.716/89 (crimes de racismo) é exemplificativo, fato que posteriormente a Suprema Corte ratificou no julgamento dos embargos de declaração de decisão tomada em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 983.531, gerando assim grande discussão na doutrina a respeito do assunto.

Mas de que forma isso atinge o cidadão e alguns princípios constitucionais, dentre eles, a legalidade em sentido estrito? Podemos elencar alguns princípios basilares do Direito Penal que seriam afetados e conseqüentemente o cidadão. Um destes princípios é o da vedação a analogia *in malam partem* e nas palavras de Rogério Greco temos a seguinte definição:

O princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham a prejudicar o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) (GRECO, 2017, p.177).

Na mesma linha, Sanches (2015, p. 85): “Proíbe-se a utilização da analogia para criar tipo incriminador, fundamentar ou agravar pena. Tendo como norte este desdobramento do princípio da legalidade”.

Outro princípio basilar no nosso ordenamento jurídico é a separação dos poderes. Sendo assim, conforme o art. 22, I da CF: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. Competência esta delegada pela Constituição ao Congresso Nacional.

Um dos argumentos da Suprema Corte é a mora do poder legislativo em tomar as rédeas do jogo e começar a fazer o seu papel de legislar, todavia, o Congresso Nacional argumenta que já estão em tramitação diversas matérias das quais o próprio STF, já tomou

a frente e fez as vezes de legislador. O que temos que olhar e questionar é todo esse protagonismo que o STF vem tomando nos últimos anos, sendo um protagonismo perigoso devido a sua invasão na seara dos outros poderes. Para finalizar, o Ilustríssimo Ministro Barroso define bem o atual momento do ativismo judicial:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura (BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, p. 19, 2009).

5.1 Criminalização da homofobia pelo STF

Primeiramente, é necessário salientar que a análise de tal caso não visa admitir ou defender a legitimidade ou legalidade de qualquer prática discriminatória contra a opção sexual de qualquer pessoa. Qualquer ato de preconceito ou de discriminação, por qualquer motivo que seja, deve e sempre será execrável e claramente passível de sanções legais e morais.

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal através da Ação Declaratória de Omissão ADO 26, e do Mandado de Injunção MI 4733, decidiu por decisão da maioria dos seus membros por equiparar a homofobia ao crime de racismo previsto na lei (nº 7.716/89). Tal argumento para a citada decisão, é que a aversão à identidade de gênero ou à orientação sexual são demonstrações de racismo, levando em conta a sua dimensão social.

Uma grande parte da doutrina discorda de tal decisão, pois desde o ingresso na vida acadêmica, um dos primeiros mandamentos do direito penal é o *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Tal mandamento, está tanto expresso em nossa Carta Magna, como também está previsto em nosso Código Penal, o que preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina”. Fala-se de um dos princípios basilares do direito penal, a legalidade, onde estão inseridos os subprincípios da taxatividade, anterioridade e reserva legal.

A problemática toda é que a Lei de Racismo (Lei 7.716/89), ao definir o que pode configurar tal crime, traz em seu rol taxativo, tão somente as discriminações relacionadas a raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Isso deixa claro que o preconceito relacionado a homossexualidade, transexualidade ou qualquer tipo de orientação sexual não encontra base legal em nenhuma das hipóteses do rol da lei. Além disso, é necessário ter certa cautela e prudência com interpretações ampliativas envolvendo outros preceitos ou tipos de discriminações buscando equiparação com o racismo.

É certo que nossa Constituição Federal considera ilegal qualquer tipo de discriminação, como está previsto no artigo 3º, IV e artigo 5º, XLI. Isso deixa claro quanto à existência de um bem jurídico a ser tutelado pelo direito interno. Todavia, apesar de que todo bem jurídico necessita de tutela jurídica, não necessariamente essa tutela tem de vir através do Direito Penal, ramo do direito conhecido como "*ultima ratio*".

Destarte, a existência do bem jurídico constitucionalmente tutelado não significa dizer que tal guarida será feita pelo direito penal. Ainda que essa guarida, seja pela via extremada da criminalização de condutas, sendo considerada proporcional, razoável e necessária, tal função, a de criar crimes e cominar penas, compete constitucionalmente ao Poder Legislativo e não ao Poder Judiciário ou sequer ao Poder Executivo. Neste contexto, deve ser respeitado a divisão de poderes para que permaneçam independentes e harmônicos.

No julgamento da ADO 26, o ilustre Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, proferiu a seguinte decisão em seu voto:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos (Voto do Ministro Lewandowski ADO 26).

Seguindo a mesma linha de raciocínio do Ministro Lewandowski, o Ministro Marco Aurélio de Melo proferiu as seguintes palavras em seu voto:

A estrita legalidade, no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição em matéria penal não viabiliza ao tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei maior, esvaziar o texto literal ao criar tipos penais. Não há crime sem lei, e quando a Constituição se refere a lei, é a lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional (Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo na ADO 26).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo contexto apresentado, demonstra-se que o ativismo judicial quando aplicado no direito penal, em especial em temas que influenciam diretamente na liberdade do cidadão, podem acarretar grandes riscos aos direitos fundamentais, direitos estes que foram conquistados em um longo e árduo processo ao longo dos tempos. É fato que a mora dos poderes políticos cooperam bastante para que o Poder Judiciário tente tomar as

rédeas de determinados assuntos que necessitam uma certa urgência para serem resolvidos e que são impulsionados pelo clamor público por uma solução.

Assim, fica claro que a mora e a omissão dos poderes legislativo e executivo, acabam por facilitar essa expansão do Judiciário, que ao ser provocado pela sociedade ou pelas instituições incumbidas de fiscalizar tais poderes, fazem com que o Judiciário tenha que se manifestar e tomar decisões para a que seja efetivada a preservação da força normativa da Constituição Federal e principalmente que seja respeitado os direitos e garantias fundamentais previstos.

É de salientar, que no momento atual, percebe-se que os demais poderes estão começando a buscar uma maior celeridade em assuntos que precisam de uma resposta, pode-se observar que várias reformas estão em fase de elaboração no Congresso Nacional, e com isso vislumbra-se uma certa diminuição no atual protagonismo do STF, fazendo assim, com que a Suprema Corte tenha o seu papel de judicialização da política diminuído.

Após todos os fatos apresentados, o posicionamento sobre o ativismo judicial deve ter sua aplicação com cautela e equilíbrio, e que sua ocorrência seja sempre pautada em uma interpretação proativa, respeitando princípios constitucionais e devidamente fundamentada da Constituição, sempre atenta às particularidades de cada caso. Ademais, fica claro que quando o ativismo judicial entra na seara que envolve direitos a liberdade, o tema acaba ficando mais sensível, tendo que a Suprema Corte ter uma certa parcimônia e além de tudo, respeitar a separação dos poderes, para que não venha a ocorrer violações a direitos fundamentais e gerar um abalo desnecessário nas estruturas dos demais poderes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29/05/2021.

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>. Acesso em 29/03/2019.

INGLATERRA. Magna Charta Libertatum de 1215. Disponível em: <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf>. Acesso em 17/05/2021.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: <<https://www.pcp.pt/actpol/temas/dhumanos/declaracao.html>>. Acesso em 17/05/2021.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 17/05/2021.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM DE 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 17/05/2019.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006, p.130.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal v.1 – Parte Geral; 15ª. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p.56-57-65.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Geral; 3ª. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 83-85.

HISTORIADOR. Arthur Schlesinger – 1947. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0203200705.htm>>. Acesso em 22/05/2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática – Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, 2009, p. 6-7-19.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp 686.965/DF – 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>>. Acesso em 22/05/2021.

BRASIL. LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989 – Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em 22/05/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26; Mandado de Injunção (MI) 4733. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403970>>. Acesso em 22/05/2021.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, vol. I, 19ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 117.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26. Disponível em:



<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 24/05/2021.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário. Ed Livraria do Advogado 2013, 1º edição, pag. 13 e 14).

ATIVISMO JUDICIAL E REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

ECLEZIAST DE PAULA GALVÃO JUNIOR:

Servidor Público. Aprovado para os concursos de Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4º Região e Ministério Público da União; Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Tribunal Regional Federal da 4º Região.

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar por meio a revisão da literatura a questão da judicialização da saúde apresentando as suas características no âmbito jurídico brasileiro, visto que a judicialização da saúde é uma questão muito discutida e controversa, resultando em diversas opiniões entre os diferentes elementos ligados às áreas da justiça bem como da saúde. Muito embora existam diversificados canais à disposição dos magistrados, os mesmos ainda enfrentam inúmeras dificuldades em relação a tomadas de decisões, visto que não se trata somente de julgamento de um gasto a mais para o governo, em função de que a vida do ser humano encontra-se diretamente envolvida no processo. Além disso, conforme será demonstrado, a garantia de recursos permanentes para o financiamento da saúde e a redução das brechas de equidade, seja mediante a ampliação das fontes de financiamento bem como pela melhoria da eficiência na utilização dos recursos, serão sempre determinantes na busca de obter conquistas futuras que possibilitarão um processo de aproximação entre as perspectivas individuais e coletivas em matéria de direito a saúde.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito à Saúde; Ativismo; Constituição.

ABSTRACT: The present study aims to analyze through the literature review the question of the judicialization of health presenting its characteristics in the Brazilian legal scope, since the judicialization of health is a very discussed and controversial issue, resulting in different opinions among the different elements related to areas of justice as well as health. Although there are diversified channels available to the magistrates, they still face numerous difficulties in relation to decision making, since it is not just a matter of judging an extra expense for the government, due to the fact that the life of the human being finds themselves directly involved in the process. In addition, as will be demonstrated, the guarantee of permanent resources for health financing and the reduction of equity gaps, either by expanding the sources of financing as well as by improving efficiency in the use of resources, will always be decisive in the search for obtain future achievements that will enable a process of approximation between the individual and collective perspectives on the right to health.

Keywords: Judicialization; Health; Right to health; Activism; Constitution

INTRODUÇÃO

Atualmente a sociedade passa por um período histórico de grande turbulência política e econômica. Por conseguinte as medidas de fiscalização e de avaliação se fazem tão necessárias como neste momento. Em contrapartida, surge a preocupação necessária com o destino do emprego dos recursos públicos e privados, além da grande preocupação com a qualidade dos serviços prestados, na qual se insere, os objetivos principais da auditoria (AZEVEDO; GONÇALVES; SANTOS, 2018).

Em um mundo altamente globalizado, os sistemas de saúde vêm enfrentando grandes dificuldades especialmente aos referentes a incorporação de tecnologia na assistência, visto que em um momento de forte crise no setor financeiro, atrelado a uma crescente demanda da população cada vez mais bem informada e exigente em relação aos seus direitos e necessidades (BARBOSA; ELIAS, 2010).

Agrega-se a esses fatores a complexidade intrínseca ao setor da saúde, diretamente responsável por múltiplas tarefas, tais como: prevenir, cuidar, proteger, recuperar, tratar, promover e produzir saúde. Onde a administração de todo esse mercado, seja público, público por meio de Organizações Sociais da Saúde (OSS), públicas ou privado, os quais demanda de um constante monitoramento bem como de avaliação permanente, retroalimentada pelas informações necessárias, visando facilitar a tomada de decisão as quais busquem minimizar os erros, controle os custos e ofereça serviços de qualidade (MORAIS et al, 2018).

Observa-se que as relações entre direito e saúde apresentam grandes desafios para o futuro dos sistemas de saúde não só no Brasil bem como a nível mundial, pelo simples fato de que o setor de saúde demanda de uma permanente regulação para resolver imperfeições de mercado, onde o Poder Judiciário passa a ser, por excelência, a área de aplicação para a busca de solução de conflitos entre as necessidades impostas, entre os direitos instituídos e as instituições públicas e privadas de saúde (MEDICI, 2010)

Assim diante da presença de recursos escassos, o aumento da expectativa de vida e multiplicação de doenças, o poder público apresenta grandes dificuldade de vir a transpor o direito à saúde para a prática, ou seja, a necessidade de cumpri-lo de forma efetiva, o que demanda de um manejo de ações judiciais com a finalidade de compelir o Estado a fornecer os bens e serviços relacionados à saúde (VERBICARO; SANTOS, 2017).

Ressaltando que a implementação dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) deve ser efetivada com cautela de forma a não ferir sua sustentabilidade. Visto que em uma sociedade desigual e com recursos escassos, o princípio da cobertura universal nem sempre pode encontra-se em harmonia com o princípio da integralidade do acesso, a

dependem necessariamente de como este princípio se encontra definido (ALVES; BAHIA; BARROSO, 2019).

Deve-se destacar que em qualquer país do mundo o aumento da cobertura em saúde é um desafio complexo e norteado pelos limites do que se deve cobrir, principalmente nos dias atuais, quando a Saúde é o setor que produz mais inovações tecnológicas, as quais representam muitos bilhões de dólares que se adicionam anualmente ao gasto do setor. Assim, a avaliação e o controle fundado em evidência sobre o uso de novas tecnologias se referem a um aspecto essencial para que se possa autorizar ou não a incorporação de novos procedimentos, terapias, exames, tecnologias e medicamentos (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

Em relação ao Brasil, o Ministério da Saúde vem especificamente, mediante os seus protocolos e tabelas de pagamento do SUS as autorizações de internação hospitalar, procedimentos ambulatoriais e outros mais, listas de medicamentos, exames, procedimentos hospitalares, ambulatoriais e terapias que são devidamente custeadas pelo sistema. Mas apesar disso, ele tem sido alvo de crescentes cobranças judiciais para o pagamento de procedimentos, medicamentos e terapias de alto custo (VERBICARO; SANTOS, 2017).

Nesse caso, destaca-se que em muitos casos, os pedidos são necessariamente justificados por serem intervenções contempladas pelas listas do SUS e sua negação está infringindo direitos devidamente instituídos. Além disso, ocorre que em outras situações, se referem a determinados casos, referentes a solicitações de medicamentos, terapias e procedimentos que não constam das listas do SUS, pelo fato de que os mesmos não foram testados e não têm a sua eficácia devidamente comprovada, em decorrência de serem demasiado caros para estarem inseridos nesse rol, e para os quais existem alternativas que apresentem melhores custos-efetivos usualmente empregadas (RODRIGUES, 2017).

Nesse contexto, deve-se destacar que em função dessa cruel realidade foi verificada a presença de um aumento dos processos judiciais movidos pelos que necessitam de medicamentos ou equipamentos de alto custo. Assim, o que se verifica nas últimas décadas é a presença de um aumento e com os valores de determinadas liminares judiciais concedidas aos solicitantes, o sendo que a saúde pública bem como os planos de saúde suplementar estão enfrentando grandes dificuldades financeiras de se manterem no mercado (LEITÃO et al, 2014).

Deve-se ressaltar a presença de outro viés referente a essa realidade, a qual se refere a competência necessária do judiciário para julgar casos relacionados à saúde. Onde o Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta entendimento de que na colisão entre o direito à vida e a saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a

solução do conflito seja realizada no sentido da preservação do direito à vida (BARROSO, 2020).

Considerando que o judiciário apresenta esse entendimento, compete aos serviços de saúde sejam eles públicos ou privados buscarem formas de se proteger das liminares, ou pelo menos, tentar minimizá-las, objetivando assim, evitar gastos desnecessários. Destacando que em muitos desses pedidos judiciais por parte dos participantes, são solicitados danos morais, procedimentos não previstos em contrato, materiais e medicamentos de alto custo, o que onera ainda mais, cada processo. Silva (2013) em sua análise afirma que a judicialização vem crescendo, de forma alarmante, onde o Estado e alguns setores da sociedade, pois propõe um desequilíbrio, uma nova visão, e por vezes alterações no orçamento, previamente determinado”.

Dessa forma, o questionamento que se busca responde no presente estudo é o seguinte: Quais os impactos da judicialização na saúde, os quais refletem diretamente na saúde pública e suplementar? Destacando que essa questão já vem sendo debatida há algum tempo na esfera do judiciário bem como no âmbito das operadoras de saúde, com a finalidade de entender, até que ponto o poder judiciário está devidamente preparado para julgar casos relacionados à saúde de forma isenta.

A escolha dessa temática ocorre em função de ser um assunto atual e importante no âmbito da saúde pública e suplementar, que vem sendo amplamente discutido pelas operadoras de saúde. Além disso, envolve a saúde no Brasil como um todo, além de que, no quadro vivenciado atualmente a sustentabilidade dos planos de saúde suplementar são de extrema relevância, inclusive para que não venha a ocorrer um colapso na saúde do país. Em função de que cada plano que fecha as portas, faz com que uma grande parcela da população descoberta, e conseqüentemente venha a ser atendida pelo SUS e o questão crucial é: será que a saúde pública está preparada para assumir o cuidado destas pessoas?.

Dessa forma, o objetivo que se faz presente é analisar e demonstrar por meio da revisão da literatura quais os impactos da judicialização na saúde no país. Visto ser este um fenômeno que vem crescendo no Brasil nos últimos anos e afetando inúmeras áreas da saúde como um todo, mas principalmente a saúde suplementar.

A esquematização do presente estudo vem a se caracterizar como exploratório, utilizando-se necessariamente de fontes primárias, através de abordagem lógica dedutiva. Observa-se que as pesquisas exploratórias têm por finalidade primordial a busca de esclarecer e transformar conceitos e ideais, com a finalidade de formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para possíveis estudos posteriores.

A revisão da literatura tem por objetivo a busca de caracterizar os conceitos teóricos aplicáveis a questão em análise, induzindo à elaboração de um conjunto de afirmações que possibilite o desenvolvimento de um referencial teórico. Assim, o estudo é fundamentado em artigos publicados em sítios da internet, teses de mestrado e doutorado, bem como livros que tratam sobre o tema, onde foram utilizadas como base de pesquisa as palavras-chave: Direito à Saúde, judicialização, saúde suplementar, medicamentos; sistema único de saúde. Termos estes que se demonstraram ser adequados para esta pesquisa, propiciando o alcance dos objetivos.

Foram empregados os seguintes critérios de inclusão: artigos publicados em que retratassem a temática em sua íntegra; artigos e os trabalhos acadêmicos que contribuíssem para o conhecimento do tema.

1 REVISÃO DA LITERATURA

A saúde é um direito fundamental intrínseco a dignidade da pessoa humana. Refere-se a um direito social assegurado a todo cidadão, de dever Estado, sendo este, diretamente responsável por assegurar a execução de políticas econômicas e sociais que tenham por finalidade a efetivação a seu acesso universal e igualitário (SIVA; PESSOA, 2019).

Conseqüentemente, a concretização do direito à saúde no Brasil ainda é um desafio altamente complexo. Em função de que a ausência de recursos suficientes e bem como da má administração dos recursos já existentes colocam em colapso todo o sistema de saúde pública, propiciando dessa forma, um serviço, que em muitos casos, se encontra deficiente e limitado, resultando no fenômeno da judicialização, a qual pode ser especificado como sendo um processo de intervenção do Poder Judiciário, com finalidade de assegurar os direitos da população (SANTOS, 2018).

Considera-se que o direito à saúde está garantido a todos os cidadãos brasileiros por meio da Constituição Federal de 1988, na qual o com o artigo 196 descreve o seguinte:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

Sendo que este artigo foi regulamentado pela Lei 8080/1990, denominada de Lei Orgânica da Saúde, a qual regulamenta todas as ações do Sistema Único de Saúde SUS. Na qual em seu capítulo II, o artigo 7 dessa lei, a mesma especifica os princípios e diretrizes do SUS. São, por conseguinte, os princípios doutrinários do SUS, ou seja: universalidade,

na qual a população tem pleno acesso aos serviços de saúde, integralidade e igualdade de assistência à saúde (SILVA; CARRARA; VENTURA, 2019).

Observa-se que esses princípios representam que todas as pessoas, independentemente de suas respectivas características pessoais, devem ter acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, nas quais as suas necessidades são plenamente atendidas em serviços preventivos e curativos, considerando-se assim, todas as necessidades distintas de cada indivíduo (ASENSI; PINHEIRO, 2019).

Apesar dessas leis garantirem o direito à saúde, de acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU) “é notável a “oferta irregular de ações e serviços na rede pública de saúde, decorrente da insuficiência de recursos ou de problemas de gestão do sistema”, o que resulta em processos judiciais na busca de medicamentos, tratamentos, insumos, exames, consultas e internações. Assim, essas ocorrências resultam em um movimento crescente de judicialização da saúde no Brasil (TCU. Acórdão N° 1787/2017. Relator: Ministro Bruno Dantas. Data da Sessão: 16/8/2017)

Neste caso, observa-se que as ações judiciais vêm crescendo de forma considerável nos últimos anos. Destacando que em 2009 foi convocada pelo Supremo Tribunal Federal uma audiência pública para tratar sobre a judicialização da saúde e o sistema público de saúde (SANTOS; DELDUQUE; MENDONCA, 2015).

Nesse contexto, dentre as ações, verifica-se que grande parte busca a obtenção de medicamentos, tendo como principais motivações: solicitações para medicamentos já disponibilizados pelo SUS, mas que são ofertados de forma irregular por falta de recursos ou problemas na gestão; a solicitação de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); ou ainda, para uso *off-label*, para indicação clínica contrária àquela registrada pela ANVISA (SANTOS, 2018).

Conseqüentemente, para propiciar todos os recursos necessários à população, o Ministério da Saúde conta com a assessoria da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), órgão diretamente responsável pela elaboração de estudos, objetivando a avaliação dos pedidos de incorporação, ampliação de uso, exclusão ou alteração nas tecnologias em saúde. Na qual a mesma se encontra sob a responsabilidade da CONITEC, além da formulação e alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), que estabelecem todos os critérios necessários de diagnósticos de doenças e condições, bem como de seus respectivos tratamentos e medicamentos e suas respectivas doses, é ainda, todas as estratégias necessárias para o devido acompanhamento dos tratamentos (SILVA; CARRARA; VENTURA, 2019).

Em relação aos PCDTs, verifica-se que os mesmos auxiliam a assistência médica e farmacêutica de qualidade, bem como os gestores de saúde, ao serem adotados como guia com a finalidade de aquisição e disponibilização de medicamentos para a população (BRASIL, 2019). Além disso, o Ministério da Saúde fundamenta-se na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), sendo esta, uma lista de medicamentos padronizados e insumos com a Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência

Farmacêutica, Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, além da Relação Nacional de Insumos e da Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar; a qual é regulamentada pela Portaria Nº 1897/2017 (SILVA; CARRARA; VENTURA, 2019).

Durante a Audiência Pública sobre judicialização da Saúde em 2017, foi apresentado o Acórdão 1787/2017, editada pelo Tribunal de Contas da União, tomando como base um estudo desenvolvido em agosto de 2017 com a finalidade de delimitar o perfil, volume e impacto das ações judiciais na área da saúde. Estima-se que entre os anos de 2008 e 2015, os gastos para executar as decisões judiciais foram de mais de R\$70 milhões de reais a mais de R\$1 bilhão de reais, um aumento de 1300% em despesas (SANTOS, 2018).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) conjuntamente com o Ministério da Saúde, desenvolveram parceria com o Hospital Sírio Libanês, e criaram uma base de dados com a finalidade de propiciar pareceres médicos e jurisprudências com a finalidade de auxiliar nas tomadas de decisões de magistrados em casos de ações de saúde. Assim, a plataforma e-NATJUS encontra-se disponível no site do CNJ. Ademais, o Ministério da Saúde propicia aos municípios a plataforma web S-Codes, com a finalidade de delimitar e disponibilizar um perfil específica sobre a judicialização da saúde pelo país (MORAIS, 2018).

Deve-se ressaltar que estas plataformas complementam as ações dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS) de apoio aos Tribunais de Justiça Federais e Regionais, criados pelo Comitê Estadual de Saúde, devidamente regulamentado na Resolução Nº 238/2016 (GUERRA, 2017).

Considerando-se que atualmente, encontra-se consolidada a via judicial para assegurar o direito à saúde, robustecendo o ponto de vista referente a apropriação individual do que é coletivo (SANTOS, 2016). Na qual a preferência do direito individual em prejuízo do direito coletivo não é correta, visto que não se deve fazer uma garantia para um cidadão ao custo de prejudicar inúmeras pessoas, mediante um processo de desorganização do gasto público bem como na falta de limite para exercer o direito à saúde (ALBUQUERQUE, 2019).

Verifica-se que na última década, ao analisar os argumentos dados pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao direito à saúde, é possível concluir-se que não existem critérios necessariamente relacionados a nenhuma teoria de justiça, objetivando a distribuição de recursos no cumprimento das decisões judiciais. Dessa forma, ao se realizar a microjustiça, que resulta em soluções individualizadas, deixa-se de realizar a macrojustiça, a qual não despreza as implicações dessas decisões à coletividade (CUNHA FILHO, 2013).

Assim, considera-se que as demandas judiciais podem ainda indicar as condições de oferta de serviços de saúde da população além de direcionar a forma como as políticas para o futuro devem ser pensadas e devidamente planejadas, alterando dessa forma, o seu curso atual (SARTORI JUNIOR et al, 2012). Todavia, diversos pesquisadores questionam se o avanço do Judiciário no processo de efetivação do direito a saúde estaria necessariamente contribuindo para a consolidação do SUS ou produzindo efeitos colaterais a partir de suas decisões (ASENSI, 2016).

O direito à saúde e o orçamento caminham juntos e para que as políticas públicas de saúde possam ser efetivadas é necessário respeitar as normas orçamentárias. Quanto às decisões judiciais, o equilíbrio e a proporcionalidade serão indispensáveis para que não ocorra o prejuízo da concretização da política de saúde planejada, ambas dependentes do financiamento do Estado para a consolidação do direito à saúde (DALLARI; MAGGIO, 2017).

Destacando que ainda, observa-se que outros trabalhos enfatizam da realização bem como da urgência de um debate entre os atores sociais e os três Poderes em relação à racionalização dos recursos escassos (BRASIL, 2020). Na qual o termo racionalização refere-se especificamente ao processo da introdução de racionalidades ou do que julgamos ser racional em diferentes épocas e lugares. Nas quais essas ações, devidamente orientadas, derivam da racionalidade instrumental definida por Weber com referência a regras, regulamentos e leis (THIRY-CHERQUES, 2009).

Dessa forma, verifica-se a presença de um despertar dos atores em busca de soluções que venha reduzir os gastos, através do processo de racionalização da judicialização, sem necessariamente ferir a ética e o direito. Essas propostas buscam a efetividade na busca de resolução dessas demandas, fazendo uso de estratégias extrajudiciais e judiciais com a finalidade basilar de preservar as políticas públicas, sendo este o fim precípua do direito à saúde (DUARTE; BRAGA, 2015; NOGUEIRA; CARVALHO; DADALTO, 2017).

Na literatura, pode-se verificar algumas experiências de sucesso, no processo de efetivação do direito à saúde, as quais podem ser conhecidas por meio de um estudo multicêntrico desenvolvido pelo CNJ. Sendo que no relatório, foram apresentadas

experiências de estratégias extrajudiciais, judiciais ou ambas, a despeito das diferenças entre os arranjos institucionais específicos (BRASIL, 2020).

1.1 Conceitos e diferenciação entre judicialização e ativismo judicial

É necessário apresentar uma diferenciação entre os institutos da judicialização e do ativismo judicial, visto que, muito, embora sejam questões que de alguma forma se entrelaçam e pareçam sinônimos, os mesmos são mecanismos diversos e se apresentam de forma característica em cada caso concreto (OLIVEIRA; LIPPI, 2020).

Assim, a partir do momento em que uma questão é considerada constitucional, surge da mesma uma pretensão jurídica que pode ser pleiteada por meio de uma ação judicial, de forma que, se a Constituição Federal vir assegurar a mesma, citando por exemplo, o direito à saúde, é cabível levar à apreciação do judiciário a exigência deste direito, judicializando a discussão em referencia as políticas públicas e as ações concretas praticadas (LENZA, 2021).

Neste contexto, considera-se que a judicialização venha a ser um reflexo de que os órgãos do Poder Judiciário estão tomando decisões referente a importantes questões de repercussão política e social, enquanto que, quem deveria toma-las, neste caso, os Poderes Executivos ou o Congresso Nacional, não o fazem. Ainda que intuitivamente, a judicialização transfere, para os juízes e tribunais, o poder que deveria ser usufruído pelo Legislativo e Executivo, alterando, conseqüentemente, de forma significativa a linguagem, a participação da sociedade bem como a argumentação (BARROSO, 2012).

Neste sentido, verifica-se que o modelo constitucional adotado no Brasil é o que reflete necessariamente o fenômeno da judicialização, em função de que a Constituição Federal de 1988, por ser compromissória, traz em seu cerne, os direitos fundamentais sociais sem o devido cumprimento, além de um inchaço Legislativo que abrange inúmeras matérias (LENZA, 2021).

Neste caso, verifica-se que este cenário concorre efetivamente para a atuação do judiciário em suas respectivas funções atípicas e com a interferência inevitável nos demais poderes. Por conseguinte, esta atuação se estende, ao passo que mais direitos são constitucionalizados e ocorre uma maior quantidade de leis, as quais são editadas com a finalidade de regulamentar diversas matérias (BARROSO, 2020).

Sendo que Barroso (2008, p. 5-6) leciona o seguinte:

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da

Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.

Em contrapartida, muito embora o ativismo judicial se pareça com a judicialização, o mesmo apresenta uma origem diversa e não são gerados pela mesma causa imediata (OLIVEIRA; LIPPI, 2020). Na qual "O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar" (GARAPON, 1988, p. 54)

No caso do ativismo judicial, o mesmo traz consigo a ideia de uma forma proativa de interpretação da Constituição, ampliando nesse contexto, o seu sentido e abrangência e por meio de uma especificidade decorrente de atitudes do Poder Judiciário. Esta proatividade usualmente é resultante das omissões e redução da atuação do Poder Legislativo, além do desprestígio da mesma diante a sociedade atual, induzindo a um cenário de não atendimento às necessidades sociais, especialmente a todas aquelas relacionadas à saúde. Deste forma, o ativismo judicial apresenta uma tendência a ser cada vez mais presente na realidade social (BARROSO, 2012 e 2008).

Assim, é possível verificar que o fenômeno do ativismo é de forma crescente um processo de deliberação em busca pela efetividade do texto constitucional. Dessa forma, considera-se que no caso das demandas de saúde pública, por exemplo, o princípio da Constituição Federal de 1988, em relação a sua aplicabilidade imediata nos direitos fundamentais faz com que o Poder Judiciário seja acionado e culmine por suprir diversas lacunas existente (OLIVEIRA; LIPPI, 2020).

Deste modo, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a judicialização é um fato, que decorre do modelo constitucional adotado. Portanto, não se refere a uma operação de ânsia política. Em contraposição, o ativismo judicial, vem se caracterizar como sendo a verdadeira atitude, derivada da proatividade do julgador em cada caso concreto, com o objetivo de atribuir a máxima aplicabilidade ao texto constitucional com a ampliação de seus respectivos efeitos (BARROSO, 2008).

1.2 Regime jurídico da saúde e da judicialização

A saúde é um direito reconhecido internacionalmente, na qual se encontra inserido em diversos documentos de âmbito mundial bem como na grande maioria das Cartas Constitucionais encontradas em países democráticos. É, além disso, um dos direitos humanos insculpidos expressamente na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, e especificado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 (SILVA, 2013).

Para Bengoa (apud FIGUEIREDO, 2007, p. 85) observa-se o seguinte:

No art. 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), onde é assegurado o direito à vida, também a saúde está presente como um de seus componentes essenciais. É o que seguem países que não fazem menção expressa à prerrogativa em suas Constituições, como a Alemanha. A primeira Lei Maior a mencionar o direito à saúde como direito fundamental foi a italiana, de 1º de janeiro de 1948.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se que encontra-se prevista no artigo 6º, caput, e, mais especificamente, nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal vigente, especificada como direito fundamental, material e formalmente. Além disso, ressalta-se que saúde no Brasil é determinada como um dever, não somente do Estado, mas também da sociedade em geral (PEREIRA, 2020).

Nabais (1990 apud FIGUEIREDO, p. 86) descreve que em relação a essa disposição verifica-se que a mesma conjectura o seguinte:

O indivíduo não pode deixar de ser considerado concomitantemente livre e responsável, havendo um liame entre os deveres fundamentais e essa parcela de responsabilidade, assim como entre os direitos fundamentais e a liberdade em sentido amplo.

Por conseguinte, nota-se foram formadas historicamente camadas de deveres correspondentes referente aos respectivos direitos fundamentais, devendo-se destacar pela proteção em função da dignidade humana bem como pelo fundamento basilar do Estado Democrático, muito embora, cada cidadão é igualmente e solidariamente responsável, na medida em que os mesmos detém o poder político em suas mãos, sendo imprescindível que a sociedade atue proativamente em sua função de defensora dos preceitos constitucionais, principalmente nas prerrogativas que lhe são pertinentes (SILVA; PESSOA, 2019).

Conforme leciona Canotilho (2010, p. 15) é o que a doutrina denomina de:

Shared responsibility, objetivando o deslocamento das discussões do campo dos direitos para o terreno dos deveres fundamentais, dada a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos.

Nesse contexto, verifica-se que uma das formas mais simples de analisar os deveres pertinentes ao direito à saúde compreende à delimitação das dimensões que

encerra em si. Assim, empregando-se da classificação funcional, considera-se que essa prerrogativa possui uma amplitude mais ampla de defesa além de uma prestacional (CASTRO, 2020)

Observa-se em relação a primeira se fazem presente dois pressupostos, a saber: a proibição da ameaça ou agressão da prerrogativa por parte de terceiros, neste caso: Estado ou particulares, além da vedação do retrocesso total. Isso significa dizer que o titular está constitucionalmente blindado contra possíveis intervenções que possam vir a prejudiquem o livre exercício do direito, neste caso, pressupõe-se que a vida e a saúde sejam necessariamente preservadas contra atuação direta de outrem (SALAZAR; GROU, 2009).

Neste caso, é importante considerar-se que qualquer ação do Poder Público ofensiva à prerrogativa é, a priori, inconstitucional, podendo vir a ser objeto de ação individual ou coletiva. Em relação ao Princípio da Proibição do Retrocesso, muito embora, o mesmo não tenha necessariamente o condão de desconsiderar a discricionariedade do legislador na ordem democrática, conforme leciona Sarlet (2018, p. 10):

A mesma veda que venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e por particulares.

Já em relação a vertente prestacional, conjectura-se que todas as ações realizadas pelo Estado para que seja necessariamente viabilizada a possibilidade da prerrogativa pelos cidadãos, credores desse direito subjetivo, na qual a mesma se divide em:

(...) direitos a prestações em sentido amplo – categoria que compreende os direitos à proteção e dos direitos à participação na organização e no procedimento – e direitos à prestação em sentido estrito, ou direitos a prestações materiais (FIGUEIREDO, 2007, p. 87).

Destarte, de forma literal, o caráter prestacional da saúde demanda a efetivação de políticas públicas no sentido de agir na sociedade de forma global; é ainda, um dispositivo que leva em consideração a comunidade. Especificamente, deve-se considerar as prestações essenciais com a finalidade de atender as necessidades mínimas dos indivíduos (SILVA, 2013).

Nessa trilha, Sarlet (2010, p. 11-12) destaca que:

O aspecto prestacional é bem mais problemático de ser definido em seu conteúdo. “A primeira dificuldade é o fato de que a Constituição não definiu em que consiste o objeto do direito à saúde”. Ou seja, é teoricamente difícil de verificar, apenas com a leitura fria da norma, se essa prerrogativa é ali tida como direito a prestações de todo e qualquer tipo, necessárias à manutenção da salubridade humana (atendimento médico, fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.) ou se está limitada às prestações básicas e vitais, de acordo com o previsto nos artigos 196 a 200 da Carta Maior. Daí surgem novos questionamentos: já que existem problemas de interpretação da norma, no sentido de identificar a real intenção do legislador, o Poder Judiciário está autorizado a indicar o caminho livremente, de forma a ordenar o atendimento dessas demandas?

Além disso, o referido autor, descreve que em contrapartida econômica que envolve a dimensão prestacional, devem-se necessariamente submeter essas prestações à Reserva do Possível, indiscriminadamente? Apesar de que se tenha que reconhecer os limites fáticos em ambos questionamentos, conforme analisa Sarlet (2018, p. 18) que se faz necessário considerar que a solução do mesmo encontra-se:

(...) em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade (...), bem como o comprometimento (...) com a causa da vida e da dignidade da pessoa humana (...).

Ne busca de válida de regulamentar o conteúdo da Constituição Federal de 1988, editou-se a Lei nº 8.080/1990, denominada de Lei Orgânica da Saúde ou Lei do SUS. Refere-se a uma norma muito esclarecedora, moderna e ampla, a qual fez com que a saúde viesse a se tornar um direito humano fundamental em seus diversos aspectos e buscando envolver as mais diversas situações e demandas nesse âmbito. Implementada da mesma forma como o legislador previu, essa norma deveria fazer com que o Brasil viesse a ser um dos países mais avançados na matéria, em função de um sistema de saúde de ponta para todos os cidadãos brasileiros (SOARES, 2021).

Entretanto, o que se verifica é que ainda nos encontramos muito distantes de obter o grau de atendimento previamente previsto, em decorrência direta da precariedade propiciada aos usuários do sistema público de saúde. Fato este, aliado a outros fatores, tais

como a presença de um maior conhecimento dos cidadãos em relação aos seus direitos além e uma aproximação com as Defensorias e Juizados Especiais, o que tem conduzido os pacientes e seus respectivos familiares ao Judiciário, em decorrência ao prenúncio de poderem vir a permanecerem sem o atendimento adequado ao seu caso (GUERRA, 2021).

Nesse contexto, se faz presente muitos questionamentos em relação à viabilidade constitucional da judicialização da saúde, na busca de obter mediante a via judicial, as prestações pouco ou não implementadas em políticas públicas pelo Poder Executivo, que tem a obrigação primária de fazê-lo. Dessa forma, seria justificável a saúde, afinal? Dessa forma, considera-se que a pergunta é pertinente, visto que, em via de regra, todos os direitos sociais devem ser implementados pelo Poder Executivo, da forma que este considerar a mais conveniente. Entretanto, entende-se que a máxima da Constituição Federal referente ao direito de petição conforme o artigo 5º, XXXV especifica, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo plenamente válida nessa questão. (SILVA, 2020).

É evidente que o Brasil, ainda não conseguiu, propiciar a todos os cidadãos uma condição de vida digna, principalmente no âmbito da saúde. Nesse caso, compete a Poder Judiciário, como o guardião do ordenamento jurídico brasileiro, quando instigado a fazê-lo, zelar para que esses direitos não fiquem dormentes. Apesar de que essa intervenção não pode ser realizada sem os devidos critérios (SILVA; CARRARA; VENTURA, 2019).

É necessário destaca que as demandas fundamentais do ser humano, sem vir a afetar o conteúdo mínimo, mas também sem ampliar de forma desnecessária o previsto nas normas; conseqüentemente, é necessário seguir os regramentos efetivos do Sistema Único de Saúde. Apesar de que a doutrina e a jurisprudência encontra-se muito distantes de chegar a um consenso comum nessa esfera (SILVA, 2017).

Na literatura, encontram-se inúmeros defensores da justiciabilidade da saúde, os quais relacionam algumas vantagens das mesmas (MARRARA; NUNES, 2010, p. 87), tais como, *in verbis*:

- a) Incentiva a consolidação do direito social: ou seja, especifica o respeito por todos os Poderes aos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, "para realização de um mínimo de bem-estar individual e social". O processo "força" que seja uma prerrogativa não implementada ou implementada precariamente seja consolidada por meio do uso do sistema de freios e contrapesos da tripartite, e em nome da dignidade da pessoa humana;

- b) Desestimula o mau funcionamento do Estado: em decorrência função da corrupção, lobby ou pura omissão, o Executivo e o Legislativo prestam o devido atendimento à sociedade muito abaixo do que seria o ideal. Em decorrência direta dessa baixa eficiência e eficácia de muitos setores estatais, é extremamente relevância os estímulos judiciais em forma de determinação de ações concretas quer seja, para coibir erros e ilegalidades, quer seja, para afastar omissões indevidas. Neste caso, tem-se o uso do sistema de freios e contrapesos, com a finalidade de corrigir um determinado grupo específico de ineficiências que prejudicam a população em geral, nos casos relativas a prestações em saúde;
- c) Impede o esvaziamento de investimentos do setor: destaca-se que o orçamento brasileiro é autorizativo; ou sejam na prática, isso representa dizer que o Executivo pode alterar ou até mesmo cancelar qualquer dotação votada pelo Legislativo. Neste caso, a judicialização seria, em questão, uma saída necessária para evitar que a população venha a ser prejudicada no caso da redução de dotações direcionadas para a saúde, garantindo assim, que o Executivo venha atuar quando necessário for;
- d) Dificulta o retrocesso social: o mesmo impede que ao Estado a criação de determinadas situações fáticas onde os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser necessariamente ignorados. O processo, em suma, evitaria o esvaziamento do núcleo mínimo do direito à saúde, com suporte baseado na dignidade da pessoa humana, de forma a sempre ampliar, ou sejam nunca reduzir, as conquistas obtidas, relativas ao direito à saúde.

Marrara e Nunes (2010, p. 88-89) descrevem que da mesma forma, encontra-se posicionamentos contrários ao movimento, as quais relaciona-se os seguintes listam aspectos negativos, a saber:

- a) Confusão entre microjustiça e microjustiça: em muitos casos, o Poder Judiciário autoriza ações perante o Estado sem levar em consideração, em tese, a globalidade de políticas públicas. Dessa forma, não raro, ao buscar a Justiça no caso concreto (microjustiça), o Poder Judiciário afeta o que se denomina de macrojustiça, isto é, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser suscitados pelo conjunto de políticas públicas praticadas (...) de forma coerente. Na realidade, possivelmente esse seja o argumento mais forte daqueles que se contrapõem à judicialização da saúde. Sendo que na prática, isso realmente pode ocorrer, caso o processo vier a ser conduzido sem razoabilidade; há tratamentos de uma só pessoa que podem custar somas elevadíssimas em um ano. Valores esses que podem, vir a prejudicar os orçamentos naturalmente pequenos, como os dos municípios;

- b) Substituição de decisões técnicas por decisões superficiais: neste contexto, entende-se que o Poder Judiciário estaria prejudicando a implementação de políticas em saúde, abalando significativamente o planejamento do Poder Executivo ao autorizar determinadas situações não previstas, fundamentadas somente em laudos médicos e não no planejamento orçamentário anual, abalizados em estudos científicos estatais. Verifica-se assim, que esse argumento é diretamente e necessariamente complementar ao primeiro. Apesar de não se dever ser simplistas e muito menos frios, já que se refere a vidas envolvidas. Com obviedade, é desnecessário se falar que situações não previstas podem sempre prejudicar todo o orçamento da saúde, sem analisar de forma minuciosa todos os fatores envolvidos entretanto, sem o devido e necessário assessoramento os magistrados podem realmente tomar decisões equivocadas, visto que os seus conhecimentos não abrangem a esfera médica;
- c) Desrespeito à Reserva do Possível e ao orçamento: este ponto, se encontra relacionado à teoria alemã de que ninguém encontra-se obrigado ao impossível, apesar de que nesse âmbito é aplicada ao Poder Executivo de forma que este não teria como ser obrigado a concretizar direitos que, na realidade, demandem de esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais – o que poderia efetivamente impactar de forma significativa e negativamente o orçamento público, prejudicando efetivamente outras políticas públicas;
- d) Eventual violação da harmonia entre os poderes: observa-se que ao interferir em políticas públicas o Judiciário estaria excedendo suas funções e adentrando nas do Poder Executivo. Sendo esse o único argumento contrário que não prospera de forma algum, visto que em matéria de Direitos Fundamentais, principalmente no âmbito da saúde, a situação encontra-se justamente na ambiência das intervenções autorizadas, visto que a questão se refere a um momento de utilização do próprio sistema de freios e contrapesos, de forma a vir corrigir a atuação equivocada do Executivo em relação às políticas públicas, no caso sua omissão.

Deve-se destacar que esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) segundo se verifica pelo Acórdão STA 175-AgR/CE, apresentado a seguir:

“Em primeiro lugar, a agravante repisa a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já havia sido afastado pela decisão impugnada, a qual assentou a possibilidade, em casos como o presente, de o Poder Judiciário vir a garantir o

direito à saúde por meio do fornecimento de medicamento ou tratamento imprescindível para o aumento de sobrevivência e a melhoria da qualidade de vida do paciente (...). O problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. (...). Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaco a ementa da decisão proferida na ADPF-MC 45/DF, relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "Reserva do Possível". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Nesse sentido é a lição de Christian Courtis e Víctor Abramovich (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, 2004, p. 251):

'Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de las políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida.

Esta dimensão de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un diálogo entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos” Brasil. Acórdão STA 175-AgR/CE. Supremo Tribunal de Justiça, Relator: Gilmar Mendes, 17 mar. 2010. p. 29-30.

Neste ponto, verifica-se a presença de uma controvérsia, além de que quase todos os argumentos de ambos os lados são considerados válidos. Destarte, é possível diferenciar uma tendência e simpatia à possibilidade da judicialização na doutrina e jurisprudência. Neste caso, é impossível não considerar a relevância desse movimento, ou seja: é por meio do mesmo que incontáveis pessoas que obtiveram resposta negativa do SUS e do Estado estão preservando sua dignidade, vida e saúde. Ademais, esse contexto, tem servido para demonstrar ao Estado a necessidade de atualização da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) (SILVA, 2013).

Portanto, cita-se como exemplo a ocorrência inicial de uma onda de ações judiciais, que foram gerados em relação ao coquetel de medicamentos para AIDS, os quais passaram a ser fornecido de forma gratuita pelo SUS, destacando-se que se as pessoas não tivessem se mobilizado, possivelmente até hoje esses remédios estivessem forma do processo de fornecimento gratuito. Entretanto, muito embora, ocorra uma boa-vontade do Judiciário, o movimento necessita ser revisto, como tudo na vida, com uma dose de cautela (RAMOS; MIRANDA NETTO, 2017).

1.3 A judicialização da saúde e a intervenção do Judiciário na legitimidade do direito à saúde

Barroso (2012, p. 25), leciona que a “judicialização não é um exercício da vontade política, mas sim é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado pelo sistema brasileiro”.

E acrescenta o seguinte:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2008, p. 78).

Ordacgy (2009, p. 2) em seu artigo descreve que o fenômeno da judicialização da saúde é decorrente, em sua grande parte, da escassez de medicamentos que são dispensados gratuitamente por meio do Sistema Único de saúde. Nesse contexto, descreve que:

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde.

Franco (2012, p. 1), explica que o fortalecimento as ações de saúde no âmbito do poder judiciário é decorrente nomeadamente de uma série de atributos intrínseco à cidadania e que enquanto os Poderes Executivo e Legislativo se mantem entorpecidos na busca de uma solução para a crise de saúde que transpassa o Estado brasileiro o Poder Judiciário acaba sendo uma saída para a necessária efetividade deste direito previsto , previsto na Constituição Federal, ou seja:

Dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde.

Santos (2018) ressalta que em compensação, verifica-se que parte da doutrina ressalta a onda da judicialização da saúde como uma forma de violação ao princípio da separação, ao princípio da reserva do possível bem como ao princípio da previsão orçamentária, visto que os medicamentos fornecidos por meio da via decisões judiciais não são previstos nos orçamentos dos entes públicos.

Em relação a questão específica do desfalque no orçamento público, em decorrência direta das grandes demandas judiciais, Luís Roberto Barroso adverte que o judiciário brasileiro encontra-se cada vez mais compreensivo com essa forma de demanda que vem apresentando um grande impacto no orçamento público, em suas palavras, verifica-se que:

(...) O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam

decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento (BARROSO, 2008, p. 15).

Nessa trilha, Franco (2012) corrobora com esse posicionamento, afirmando ainda, que um outro motivo para o impulsionamento, nos tribunais pátrios, das ações que versam sobre direito à saúde, se refere ao mau investimento dos gestores públicos na aplicação da verba destinada a este setor, lecionando o seguinte:

Decerto, os gastos em saúde pública merecem ser melhor repensados pelo Estado, devendo-se tratá-los como um investimento. Ordinariamente, a ausência de investimentos em saúde conduz à majoração dos recursos destinados à previdência e à assistência social, cabendo ao Estado, como dever finalístico de sua atuação e consoante o princípio constitucional da eficiência, zelar pela melhor destinação dos recursos públicos disponíveis. Nesse contexto, a Judicialização surge como importante fator para que o direito à saúde venha a ser efetivado (de acordo com os parâmetros constitucionais), seja através da salvaguarda direta do bem pretendido pelo cidadão enfermo, seja obrigando, ao menos de forma indireta, o Poder Executivo a ser mais eficiente na condução de suas políticas públicas (FRANCO, (2012, p. 1).

Por conseguinte, verifica-se que o número de ações judiciais referente a tutela do direito à saúde cresce gradativamente e completa por ocasionar uma “superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando uma grande quantidade de agentes públicos, neste caso, incluindo procuradores e servidores administrativos” (BARROSO, 2008b, p. 1).

Em relação aos excessos da Judicialização da Saúde Pública no Brasil, destaca-se o fato de que:

Se o Estado, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, eventualmente falha na consecução dos objetivos sociais, certamente não é por falta de atores públicos capacitados que efetivamente almejam o bem comum e que ajam com verdadeiro espírito público.

Assim, ultrapassados os casos pontuais, a exacerbação do fenômeno que hoje se vê em sede de concessão de medicamentos apenas implicará uma mudança no local em que se forma a fila de cidadãos à busca de atendimento a suas vontades ou necessidades. O Poder Judiciário simplesmente não poderá alterar, por si, a realidade social que produz as demandas e, em consequência, receberá um julgamento desfavorável decorrente da falha de resultado daquilo que se dispôs a fazer (CAÚLA, 2010, p. 35).

Nesse caso, resta consolidado que a judicialização do direito à saúde é decorrente de um fato crescente no Poder Judiciário brasileiro, em função da justa condescendência dos tribunais em relação a matéria em questão, que ainda não se acordaram para o grave risco no orçamento público (MORAIS, 2018).

Ao analisar as consequências decorrente do fenômeno da judicialização, Tavares (2002, p. 109) destaca que:

Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são 'seletivas' no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário. (2002, p. 109)

Dessa forma, ao pensar que toda essa conjuntura deveria ser mais simples caso houvesse a presença de uma maior eficácia na política de distribuição dos recursos públicos, as quais seria desnecessário, por conseguinte, destacar que no caso do Estado fosse obrigado a cumprir o dever constitucionalmente imposto, principalmente em se tratando de um direito que é caracterizado pela celeridade na prestação, ao se considerar ser a saúde uma base indispensável à subsistência de vida humana (ANDRADE, 2011).

Em consequência, nota-se que uma vez que o direito à saúde é inquestionável, ao se conceder a obrigatoriedade de tratamentos a pacientes por meios de decisões judiciais,

o Poder Judiciário força o Poder Executivo, na conjectura de descumprimento de sentença, a pagamentos de multas de valor expressivo como pena pecuniária, vindo a onerar ainda mais o Estado.

Caso esse viesse a cumprir devidamente o seu dever constitucional no âmbito da saúde, sem que o cidadão necessitasse fazer valer o seu direito subjetivo a saúde para efetivar o mesmo constitucionalmente garantido, por meio do poder judiciário, é possível afirmar-se que seria mais admissível e menos desgastante ao paciente, e custoso ao Estado (ANDRADE, 2011).

1.4 A judicialização da saúde suplementar

A economia se refere a uma ciência que trata do gerenciamento de recursos finitos, conseqüentemente, a sustentabilidade só é possível quando existe um compromisso entre os envolvidos, objetivando que não haja escassez de recursos, em relação a lógica dos planos de saúde ocorre a mesma coisa (MALTA, 2014).

Em conformidade ao conceito de mutualismo, considera-se que os mais jovens pagam para os mais velhos e necessitados terem acesso à saúde suplementar. Muito embora, um elo importante dessa questão, tem sido constantemente desrespeitado. Ou seja, dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o setor sofre um intenso processo de judicialização. Somente entre 2011 e 2016 observou-se um crescimento de 60% no número de ações, superando 400 mil pedidos judiciais nesse período (RAMOS, 2016).

O processo de judicialização da saúde engloba duas esferas de processos, abrangendo de um lado, contratos privados de assistência à saúde através das seguradoras e operadoras de planos privados de assistência à saúde e, em contrapartida, a assistência à saúde pública sustentada pela União, Estados e Municípios. Sendo que nesses dois tipos de conflitos é observado um excesso de judicialização, devendo ser encarado com racionalidade, dados e planejamento (NOBRE: SILVA, 2013).

A análise dos números referente a judicialização de saúde pública e privada no país, pode esconder detalhes que fazem uma grande diferença no tratamento da questão. É necessário observar, entretanto, para o fato de que a confusão de dados ocorre, em grande parte, pela própria dificuldade de se obter informações necessárias e confiáveis na base de dados dos Tribunais de Justiça do país, o que é objeto de grande preocupação por parte do CNJ, que busca estabelecer uma padronização de classificações por temas e assuntos que seriam utilizados por todo o Poder Judiciário nacional (RODRIGUES, 2019).

A maior parte dessas ações movidas contra SUS e operadoras de planos de saúde tem como finalidade a obtenção de medicamentos e tratamentos de alto custo os quais

ainda não constam na relação de procedimentos obrigatórios da ANS ou muito menos foram liberados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para serem comercializados no país. Ressaltando que pela Lei nº 6360/1976, é proibida a importação de medicamentos sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde, sujeitando os envolvidos às sanções previstas (RAMOS, 2016).

Nesse contexto Gomes (2018, p. 1) descreve o seguinte:

Podemos observar o quão maléfico pode vir a ser a quantidade de processos envolvendo as prestadoras de Saúde Suplementar em face de necessidade do usuário em buscar tutela a qual não está assegurada contratualmente. Esse tipo de ação gera um ônus para as empresas não podem prever, vindo a abalar estrutura financeira e consequentemente correr sérios riscos em agravar a qualidade de seu atendimento, podendo ainda, vir a fechar as suas portas e deixando toda uma classe desassistida em detrimento de privilegiar alguns. Constitucionalmente a saúde é um direito de todos e dever do Estado, assim dispõe os termos do Art. 196 da CF. No entanto, não distante das demais promoções de políticas sociais públicas que estão muito aquém da realidade e necessidade da população, a saúde de baixa qualidade prestada pelo aparelhamento estatal abre margem para o surgimento da iniciativa privada atuar no setor de promoção a saúde.

Considera-se assim, que a iniciativa privada cobre a assistência que seria de responsabilidade do Estado, entretanto, sofre inúmeras consequências, em decorrência de um sistema judiciário que não está devidamente preparado para julgar casos de saúde. Portanto, aqui fica evidenciada a necessidade de se pensar ou repensar a judicialização da saúde com todos os seus elementos, com a finalidade de encontrar soluções mais inteligentes e que possam verificar o lado das operadoras e até mesmo do SUS, que gastam milhões em ações judiciais para uma pequena parte de pessoas, ou seja, deixa-se uma grande maioria desassistida, de alguma forma. sendo as mesmas demandas contra o SUS e contra planos de saúde que demandam de novos remédios e procedimentos de alta complexidade além de coisas básicas, como leitos hospitalares, consultas e medicamentos (CIRICO; RESNER; ABI RACHED, 2019).

Ressaltando que a incorporação de novas tecnologias ocorre a cada dois anos no rol de itens obrigatórios às operadoras por parte da ANS, onde são disponibilizados os procedimentos mais modernos e deveres devidamente homologados pelos órgãos competentes do governo brasileiro, os quais devem ser muito bem avaliada. Em determinados casos existem tecnologias similares e com custos completamente

diferenciados, corroborando para agravar a situação da saúde do Brasil sem a devida necessidade (FREIRE, 2018).

Em outro posicionamento, observa-se que no caso de medicamentos, possivelmente a situação mais comum nos processos envolvendo o setor público, a judicialização pode ocorrer em função de ser responsabilidade do Poder Executivo, visto que se os gestores locais não forem necessariamente competentes para abastecerem seus Municípios e Estados com os remédios de dispensação obrigatória previstos nas listas oficiais (GOMES, 2018).

Em relação a saúde suplementar, ocorre que a maior incidência de processos reclamados, são específicos ao acesso a coberturas de procedimentos médicos, de observância obrigatória quando previstos no rol de eventos e procedimentos em saúde expedido pela ANS (CIRICO; RESNER; ABI RACHED, 2019).

Dessa forma evidencia-se a divergência existente entre o Estado e o judiciário, onde um determina algo que não é levado em consideração pelo outro. Sendo possível afirmar-se que existe uma verdadeira divergência entre o que determina o Estado-regulador, representado pela ANS, e os entendimentos exarados pelo Estado-juiz (RIANI, 2011).

Quando uma operadora de plano de saúde foi obrigada a custear um exame pelo Estado-juiz não seria sancionada em eventual denúncia ao beneficiário perante o Estado-regulador, visto que não consta o exame no rol por ele editado, desobrigando dessa forma, a cobertura dos agentes regulados. Ou seja, essa disparidade faz com que a judicialização da saúde venha a ser algo muito mais amplo, que envolve um olhar mais apurado do Estado, em função de que aquilo que um órgão determina, anula aquilo que é obrigatório por outro (AFONSO et al, 2020).

2 CONCLUSÃO

Pelo exposto, verifica-se no que pese a Constituição Federal vigente especificar que direito à saúde deva ser assegurado pelo Estado, em um sentido mais amplo e irrestrito, verifica-se que a escassez de investimentos por parte do Estado em setores sociais, tais como o da saúde, é uma realidade constante no Brasil há muito tempo. Por conseguinte a população depende necessariamente da referida tutela estatal para que seja garantido um direito básico e fundamental, ou seja, a vida.

O acesso à saúde é um bem atrelado à dignidade do ser humano, evidenciando ser este, um direito ao mínimo existencial e fundamental ao mesmo, estando o mesmo, atrelado as condições mínimas de dignidade. Nesse sentido, verifica-se que os necessários

dispêndios com o setor de saúde vêm crescendo gradativamente e de forma exponencial, em função de que a existência de novas tecnologias e tratamentos, bem como o aparecimento de novas epidemias e doenças, aumento da expectativa de vida da população, além do aumento da população, da mesma forma, que diversos outros fatores contribuem efetivamente para o acréscimo dos urgentes investimentos públicos, os quais, em contrapartida, não acompanham as necessidades emergenciais decorrentes da evolução da medicina e do elevado custo de medicamentos sob proteção das patentes corroborados pela as leis de direito de propriedade. Onde, esses fatores agregam-se para dessa forma, gerar uma espiral ascendente de custos e, nesse sentido, demandando de maiores investimentos.

Muito embora um ponto basilar para se obter uma garantia de efetividade, proteção e promoção do direito fundamental à saúde, é intrínseco ao financiamento e, de modo especial, em função da implantação de instrumentos que possa assegurar um fluxo contínuo de caixa entre os entes federativos. Nas quais as contradições entre uma realidade de centralização de recursos e um ideal de federalismo cooperativo possibilitam a abertura de uma discussão a parte, bem como, pelo menos, busca de assegurar a aplicação dos percentuais mínimos previamente estabelecidos pela Constituição para as ações e os serviços de saúde.

Dessa forma, a judicialização parece, a princípio, satisfazer necessariamente a pretensão do autor, elemento do polo ativo, assegurar-lhe o direito basilar e, deste modo, atendendo à necessidade levada ao poder Judiciário. Muito embora, sob uma perspectiva mais ampla, onde os planejamentos de circunscrição coletiva são mais prejudicados.

Em relação à questão da judicialização das políticas Públicas, verifica-se que existem diversos argumentos contrários bem como favoráveis em relação a atuação judicial no âmbito das políticas públicas, principalmente relacionado a questão da saúde. Portanto, em relação a doutrina, verifica-se que o próprio ordenamento jurídico é detentor de instrumentos contando com a capacidade de propiciar o livre exercício do ativismo judicial de forma moderada, superando, dessa forma, os efeitos negativos declarados decorrentes de uma intervenção judicial excessiva em busca da efetivação dos direitos sociais.

Por fim, destaca-se que no caso de não ser possível evitar a judicialização de uma determinada demanda no âmbito da saúde, é imperativo que as decisões judiciais apontem as exigências para que as soluções de demandas similares venham a ser agregadas ao planejamento do orçamento para evitar, assim, que passar a existir novas demandas semelhantes ao objeto de ação e decisão executados.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Ana Beatriz Perez; MENEGUETI, Mayra Gonçalves; ARAÚJO, Thamiris Ricci; CHAVES, Lucieli Dias Pedreschi; LAUS, Ana Maria. Ações judiciais relacionadas às coberturas assistenciais na saúde suplementar. **Rev Bras Enferm.** 2020;73(3): e20180748

ALBUQUERQUE, Fernanda Maria Fernandes Moura. **A judicialização da saúde e os métodos autocompositivos como alternativa.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. UFRG. Natal, RN, 2019.

ALVES DC, BAHIA L, BARROSO AF. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. **Cad Saúde Pública,** 2019;25(2):279-90.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseli. Judicialização da saúde e Diálogo Institucional: A experiência de Lages (SC). **Revista de Direito Sanitário.** 2016, jul./out.; 17(2): 48-65.

ASENSI, Felipe. Responsabilidade Solidária dos Entes da Federação e “Efeitos Colaterais” no Direito à Saúde. **Revista de Direito Sanitário.** 2016, 16(3): 145-156.

AZEVEDO, Giovana Aparecida; GONÇALVES, Nathalia Santos; SANTOS, Daniela Copetti. A relação entre a auditoria e o sistema público em saúde. **Rev. Adm. Saúde,** Vol. 18, Nº 70, jan. – mar. 2018. <http://dx.doi.org/10.23973/ras.70.91>

BARBOSA, Nelson Bezerra; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. As organizações sociais de saúde como forma de gestão público/privado. **Ciênc. saúde coletiva.** 2010, vol.15, n.5, pp. 2483-2495.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn) thesis,** vol. 5, n.º 1, 2012, 23-32.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios.** Rio de Janeiro, Renovar, 2008. 419 p.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público,** 2008b, p. 1-37.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PDCT**. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Brasília, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Soluções construídas pelo CNJ buscam reduzir judicialização da saúde**. (2020). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/>>. Acessado em mar. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional**. *Tékhnê*, Barcelos, n. 13, p. 07-18, jun. 2010.

CASTRO, Suelen Allane Rodrigues. **As consequências da judicialização da saúde em meio à pandemia provocada pelo novo coronavírus**. (2020). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86485/as-consequencias-da-judicializacao-da-saude-em-meio-a-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus>>. Acessado em abr. 2021.

CAÚLA, César. **Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição: O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. Pg 35.

CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. **Os impactos da judicialização na saúde suplementar**. *Revista Gestão em Foco*, Ed. No. 11, 2019.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Qual é a justiça da justiça brasileira? Uma análise das decisões do supremo tribunal federal em matéria de direito à saúde à luz das teorias políticas de R. Nozick, J. Rawls e R. Dworkin. *Revista Direito e Práxis*. 2013, abr./nov.; 4(7): 172-195.

DALLARI SG, MAGGIO MP. A efetivação jurídico-política do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal: a referência paradigmática da sl 47-agr/pe. *Revista de Direito Sanitário*. 2017, nov. / fev.; 17(3): 58-76.

DUARTE, Clarice Seixas, BRAGA, Paulo Vitor Bérghamo. A Utilização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e a Racionalização da Judicialização do Direito à Saúde. *Revista de Direito Sanitário*. 2015, mar./jun. 18(1): 171-190.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O sistema único de saúde e o princípio da sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. PUC-RS, Porto Alegre, 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para sua Eficácia e Efetividade**. 1ª. Ed. Livraria do Advogado Editora, 2007.

FRANCO, Lafaiete Reis. **A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil**. (2012) Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-no-brasil/3#ixzz3V2y1wXrs>>. Acessado em abr. 2021.

FREIRE, Simone Sanches. **Judicialização na saúde suplementar - pesquisa realizada no âmbito do programa parceiros da cidadania**. Agencia Nacional de Saúde Suplementar – ANS, 95ª Câmara de Saúde Suplementar, Brasília, 2018.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de promessas: justiça e democracia**. Edições Piaget, 1998. p. 54.

GOMES, Damares Torres. **Os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar**. (2018). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70676/os-impactos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-operadoras-de-saude-suplementar>>. Acessado em abr. 2021.

GUERRA, Daniela Ranieri. **A Dialética do Direito à Saúde: entre o direito fundamental à saúde e a escassez de recursos**. 1ª. Ed. Editora Dialética. 2021.

GUERRA, Isabela Souza. Judicialização da saúde: **A incursão do Judiciário na Administração, seus desdobramentos e possíveis medidas de contenção**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso graduação em Direito da Faculdade Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia. UBU, Uberlândia, 2017.

LEITÃO, Luana Couto Assis, SIMÕES, Mônica Oliveira da Silva, SIMÕES, Andrezza Eliab Oliveira; ALVES Bruna Costa; BARBOSA, Igor Carvalho; PINTO, Marlla Emanuella Barreto. Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento. **Rev Cienc Salud** (Bogotá). 2014;16(3):360-70.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 25ª. Ed, São Paulo, Editora Saraiva, 2021.

MACHADO FRS, DAIN S. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública**. 2012, jul./ago.; 46(4): 1017-1036.

MALTA, Deborah Carvalho. **Saúde Suplementar e Modelos Assistenciais**. (2014). Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/d/Saude_Suplementar_e_ModelosAssistenciais.pdf>. Acessado em abr. 2021..

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos.** In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial.* São Paulo: Atlas, 2010.

MEDICI, André Cezar. *Judicialização, integridade e financiamento da saúde.* **Diagn Tratamento.** 2010.

MORAIS, Leandro Fernandes. **Direito à saúde e a excessiva judicialização das políticas públicas: características, peculiaridades e controvérsias jurídicas.** Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis, 2018.

MORAIS, Heloisa Maria Mendonça; ALBUQUERQUE, Maria do Socorro Veloso; OLIVEIRA, Raquel Santos; CAZUZU, Ana Karina Interaminense SILVA, Nadine Anita Fonseca. *Organizações Sociais da Saúde: uma expressão fenomênica da privatização da saúde no Brasil.* **Cad. Saúde Pública** 34 (1) 05 Fev. 2018.

NABAIS, José Casalta. **Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional.** Ed. Coimbra, 1990.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias (coord.) **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 99.

NOGUEIRA José Luiz; CARVALHO Lélia; DADALTO Luciana. *Parcerias entre Universidades e Poder Judiciário: experiência de Minas Gerais.* **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário.** 2017, jan./mar.; 6(1): 55-71.

OLIVEIRA, Luís Gustavo Borato; LIPPI, Maria Clara. *Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil.* **Revista Derecho del Estado,** núm. 45, 2020. Universidad Externado de Colombia.

ORDACGY, André da Silva. *O direito humano fundamental a saúde pública.* **Revista da Defensoria Pública da União,** n. 01, 2009.

PEREIRA, Daniel Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos: Teoria e Prática.** 1ª. Ed. Saraiva Jur, 2020.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MIRANDA NETTO, Edson Barbosa. *O federalismo e o direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil.* **Revista Jurídica,** vol. 04, nº. 49, Curitiba, 2017. pp. 304-330. DOI: 10.6084/m9.figshare.5632186.

RAMOS, Antônio Carlos Vieira; ALVES Luana Seles; BERRA, Thaís Zamboni, POPOLIN, Marcela Paschoal, et al. Estratégia Saúde da Família, saúde suplementar e desigualdade no acesso à mamografia no Brasil. **Rev Panam Salud Publica**. 2018;42:e166. <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.166>

RIANI, Marlus K. **Inaplicabilidade da Lei 9.656/98 aos contratos antigos. Judicialização da Saúde Suplementar**. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., 2011.

RODRIGUES, Eduardo Calasans. **Regulação versus judicialização: o duplo sistema regulatório da saúde suplementar**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas para obtenção do grau de mestre. FGV, Rio de Janeiro, 2017.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo. Teoria e Prática**. São Paulo: Verbatim, 2011.

SANTOS, Rodrigo Lucas Guedes Moraes. **A judicialização da saúde: uma análise sobre a obrigação do Estado em fornecer medicamentos fora das listagens oficiais do SUS**. 2018. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito, apresentado a Faculdade de Direito do Recife – CCJ, da Universidade Federal de Pernambuco. UFPE, Recife, 2018.

SANTOS, Marcella Lobo Arruda de Oliveira. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. UFRJ, Rio de Janeiro, 2018.

SANTOS IS. A solução para o SUS não é um Brazilcare. **Revista Eletrônica de Comunicação**. Informação e Inovação em Saúde. 2016, set.; 10(3).

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONCA, Ana Valéria Machado. Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. **Saude soc**. 2015, vol.24, suppl.1, pp.184-192.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SOUZA, Monica Vinhas; KRUG, Bárbara Corrêa; BALBINOTTO NETO, Giacomo; SCHWARTZ Ida V. D. Judicialização do acesso ao tratamento de doenças genéticas raras: a doença de Fabry no Rio Grande do Sul. **Ciência & Saúde Coletiva.** 2017, out.; 17(10): 2717-2728.

SILVA, Marcelino José Piancó. **Evolução do Direito à Saúde Pública no Brasil: uma visão geral quanto aos fundamentos do Direito à Saúde, seus Impactos Financeiros, Responsabilidade do ... Pública para a Efetivação desse Direito.** 1ª. Ed. Dialética, 2020.

SILVA, Jackelline Sousa; PESSOA, Andréia Nádia Lima de Sousa. **Judicialização da saúde e seus impactos como meio de efetivação de direito fundamental.** (2019). Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-da-saude-e-seus-impactos-como-meio-de-efetivacao-de-direito-fundamental/>>. Acessado em abr. 2021.

SILVA, Karen Fonseca Gonçalves; CARRARA, Bruna Sordi; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Iniciativas de Judicialização de Saúde no Brasil: Revisão Integrativa. **Brazilian Journal of Forensic Sciences**, Medical Law and Bioethics 8(2):61-79 (2019).

SILVA, Ricardo Augusto Dias. **Direito fundamental à saúde - O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível.** 1ª. Ed. Fórum, 2017.

SILVA, Liliane Coelho. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável.** *Âmbito Jurídico*, (2013). Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acessado em mar. 2021.

SOARES, Wladimir Tadeu Baptista. **Sistema Único de Saúde: Um Direito Fundamental de Natureza Social e Cláusula Pétreia Constitucional: A Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana como Fundamentos do Direito à Saúde no Brasil.** 1ª. Ed. Editora Dialética, 2021.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado. **Revista de direito da Procuradoria-Geral**, 2002, 55:109.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. MAX WEBER: o processo de racionalização e o desencantamento do trabalho nas organizações contemporâneas. **Rev. Adm. Pública.** 2009, ago.; 43(4): 897-918.

VERBICARO Loiane Prado, SANTOS, Andreza Casanova Vongrapp. The necessity of parameters for effectuation of right to health: judicial action for access to growth hormone in the State of Pará. **Rev Direito Sanit.** 2017;17(3):185-211.

GARANTISMO PENAL E A PREMISSE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

NIZOMAR ANDRADE RAMOS:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus-
CEULM/ULBRA

RESUMO: Este artigo pretende discutir e levantar questionamentos sobre os alcances e conquista da Teoria do Garantismo Penal e Processual Penal na premissa de um Estado Democrático de Direito proposto pelo jurista italiano Luige Ferrjolti e, sua influência na prática do sistema jurídico penal brasileiro. Inicialmente será abordado um breve estudo sobre o Garantismo no Brasil, para conhecimento do modelo e sua efetividade na esfera judiciária brasileira, o que resultou no paradigma do denominado Garantismo Penal, identificaremos os dez princípios, ou axiomas que são base angular neste processo. Dai a necessidade de estudar como esses princípios ou axiomas são aplicados. Pois, é na aplicação desses que surge a maior distorção da lógica do Direito Processual Penal em nosso país. Ferrajolli expõem esses princípios no modelo garantista para a defesa e proposta de um sistema processual penal integralmente garantista e, por conseguinte, equilibrado, justo e proporcional, na visão minimalista, pois a aplicação do direito penal brasileiro no geral, não garantem as garantias outorgadas ao acusado em detrimento dos Direitos Fundamentais, ferindo, assim, o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Garantismo Penal, Estado Democrático de Direito, Direitos Fundamentais e Poder Punitivo Estatal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. UM BREVE ESTUDO SOBRE O GARANTISMO PENAL NO BRASIL. - 3. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O GARANTISMO PENAL. - 4. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL EM LEI. - 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Acerca do pensamento jurídico e do direito penal no Brasil observamos que estes estão em constante questionamento, e muito vem sendo discutido, percebe-se que esta em constante evolução. Neste entendimento entende-se que houve uma mudança frenética na processualística penal e o modo de se tratar o acusado, no entanto, este ainda é visto como um objeto e ainda não passando a ser visto como um sujeito de direito na relação processual.

No Brasil, o pensamento jurídico a cerca dos princípios do garantismo passam a guiar o direito penal. Nota-se constantemente no mundo jurídico a alusão ao garantismo considerando como o pilar da aplicação do direito penal.

Pois, a evolução histórica da proteção dos direitos fundamentais é conquista no sentido de limitar, e controlar os abusos cometidos pelo Estado e de suas autoridades constituídas em favor da pessoa humana.

Delimitamos o assunto em torno da ideia do garantismo penal e a aplicação dos princípios dentro de um Estado democrático de direito. Numa abordagem qualitativa, onde o objetivo crucial da pesquisa está voltado para a reflexão sobre os princípios inerentes aos garantismo penal.

O termo garantismo esta ligado a seu criador Luigi Ferrajoli na obra intitulada “Direito e Razão: Teoria do Garantismos Penal” nesta obra o autor difere três significados dado ao termo: o garantismo como modelo normativo de direito como efetivação dos direitos fundamentais e, por ultimo visto num aspecto meta-jurídico.

Nesse sentido, compreendemos que o garantismo é um modelo normativo de direito que deve efetivar os direitos fundamentais dentro de um procedimento jurídico processual.

O estudo em questão pretende levar aos acadêmicos de direito, bem como, a sociedade em geral à reflexão e à compreensão da pluralidade desses conhecimentos a serem discutidos, possibilitando-lhes ampliar conceitos específicos sobre essa problemática.

Dentro de uma metodologia de estudo de pesquisa bibliográfica qualitativa onde se buscou artigos científicos para um estudo sistemático em torno do tema. As ferramentas utilizadas para a pesquisa bibliográfica abrange um leque de entendimento para alcançar maior aprofundamento da problemática a ser pensada.

O artigo abordará os seguintes tópicos: um breve histórico sobre o garantismo penal no Brasil, uma reflexão sobre os princípios que norteiam o garantismo penal, e por ultimo, como os princípios são aplicados dentro do garantismo penal em lei.

2. UM BREVE ESTUDO SOBRE O GARANTISMO PENAL NO BRASIL.

A princípio devemos entender o que é Garantismo, Garantismo é uma teoria que deriva do Garantismo Penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli na obra *Diritto i Ragione*, publicada em 1989 na Itália e traduzida para o espanhol em 1995. Ferrajoli (2006, pág.55) “orienta que o termo Garantismo nasceu no campo penal como uma replica ao crescente

desenvolvimento da divergência da normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores.”

Este mesmo autor acima compreende que a expressão garantismo pode ser utilizada em três acepções: como doutrina de filosofia política, como modelo de direito e de política, e como teoria jurídica.

Ferrajolli (1989, p.851) assim descreve:

Como uma filosofia política, o Garantismo, impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantia dos valores bens e interesses que justificam sua existência. É o que ferrajolli chama de ponto de vista externo (o ponto de vista ex parte Populi) como qual se permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser do direito.

Como modelo normativo de Direito, o Garantismo, quer significar um tipo ideal próprio do Estado de Direito. Este modelo normativo no caso do Direito Penal é entendido segundo três planos: plano epistemológico (como um sistema cognoscitivo), plano político (como uma tutela de capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade), e plano jurídico (como um sistema de vínculo imposto ao sistema punitivo do Estado).

Como teoria jurídica, o Garantismo pode ser definido como o positivismo jurídico por defender a forma estatal do Direito e a forma jurídica do Estado à primeira sobre o princípio da autoridade e a segunda sob o princípio da legalidade.

Abordaremos aqui, o Garantismo no prelúdio do Garantismo Penal, onde se vincula, portanto, a filosofia política de um direito penal mínimo, e dessa maneira se apresenta como uma justificação racional do Direito Penal, pois não se apresenta somente como modelo de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou crítica das instituições e práticas jurídicas vigentes. Assim, “enquanto sistema de proteção de bens e direitos, o garantismo se estende a todo o âmbito de direito da pessoa e não aquele afetado diretamente pelo estado”. OLIVEIRA (1997, p.235).

O Garantismo parte da ideia já presente em Locke e em Montesquieu, de que do poder há sempre que se esperar um potencial abuso, que é preciso neutralizar com um estabelecimento de garantias, limites e vínculos ao poder para a tutela dos direitos subjetivos.

Reiteramos neste sentido que, a filosófica política do garantismo deriva de um modelo contratualista burguês lokeano e não roussuniano, da onipotência da vontade geral, que tem sido o fundamento da democracia formal ou política e que, em alguns casos, resolve só o problema daquele que decide.

Sobre as consequências da filosofia política Fernandez (1984, pág.148) informa:

A consequência da filosofia política é certo modelo normativo de direito com base na submissão à lei de todos os poderes estatais: o direito como sistema de garantias. Assim, o conceito garantista de ordem jurídica, portanto, coincide com a ideologia do Estado Constitucional de Direito: o direito é um sistema de limites, vínculos e determinações ao poder político (as garantias) para a proteção de bens, interesses respaldados pelo direito subjetivo individual, coletivo ou mesmo difuso quando está em jogo a necessidade fundamental do ser humano.

Nesta filosofia política o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia. Não apenas uma abstrata teoria do bom governo, mais sim uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada no paradigma por ele apresentado.

No Brasil, os ramos do direito em que o garantismo obteve maior aceitação são, sem dúvida, o Direito Penal e o direito Processual Penal. As garantias dadas ao réu no processo penal são fruto de uma longa evolução histórica, na qual se percebeu que a violência perpetrada pelo Estado, apesar de ser única e legítima é provavelmente a mais injusta, dada a desigualdade de forças entre as partes.

Nestes países em desenvolvimento, Canotilho (1996, p.23) “a polícia judicial possui escassos meios de investigação e o Ministério Público apesar de muito melhor aparelhado tem que lidar com um número infindável de processos”. Eis aqui nosso questionamento para a reflexão: será que as instituições encarregadas de promover a acusação têm mesmo condições de obter meios de prova em cada investigação do que qualquer cidadão?

Será que, há igualdade ou desigualdades no plano processual? A o pensamento racional que daí transparece é a de que o Estado teria muito mais condições de obter meios de prova do que qualquer cidadão e, considerando que o Direito Penal lida com os bens jurídicos mais importantes, não somente com relação à vítima, mais também no que concerne aos acusados. Ferraz (1994, p.44) nos diz “que é neste momento que o poder estatal deve demonstrar com mais clareza se sua atuação é legítima”. Dai a importância em se pensar na presunção da inocência do indivíduo e o consequente deslocamento de toda a carga processual para a acusação.

Recordemos aqui, que, uma das marcas da nossa sociedade durante toda a história do Brasil pós – descobrimento foi a grande desigualdade social, a qual mantém uma relação com o precário acesso de uma boa parte da população, à justiça, bem como, a outros direitos sociais. Em uma sociedade fortemente estratificada, em que o acesso à cultura, à educação e os bens de consumo sempre estiveram amplamente disponível apenas para uma pequena parte dos cidadãos, o acesso ao Judiciário também reflete a desigualdade e a tradição autoritária da nossa nação. Neder (2012, p.80) nos lembra que: o “autoritarismo sempre esteve presente nas relações sociais basilares na formação histórica brasileira”.

Essa mesma autora nos informa que num quadro de valores de um país profundamente marcado pela mentalidade e pelas estruturas sociais erigidas durante o período da escravidão, a noção de ordem ganha mais ênfase que a de justiça, com a expectativa de uma obediência passiva. Ou seja, o sistema penal estruturado no Brasil tem servido como um instrumento para a manutenção do status quo. Para a sustentação das estruturas de uma sociedade extremamente desigual, neste cenário o Garantismo Penal encontrou-se dentro dessa lógica.

Sobre o sistema penal, cabe ressaltar que este não está ligado apenas ao controle da criminalidade. Mais existem vários outros interesses que podem influenciar diretamente as práticas penais. Como exemplo, temos a escassez ou abundância de mão de obra. Pois, as instituições de controle social visam dissuadir os desempregados que, perante a fome e as necessidades se mostram mais propensos a cometer delitos por meio de penas severas.

Por outro lado, em uma sociedade em que os trabalhadores são escassos, a execução penal terá uma função diversa, pois não se trata apenas de impedir que as massas sufocadas pela fome satisfaça sua necessidade mais elementar.

Assim, a execução penal pode se limitar a obrigar ao trabalho os mais resistentes e a ensinar aos delinquentes que eles devem se contentar com um salário que recebem por ser um trabalho honrado.

Sendo assim, o sistema prisional favorece a internação dos indivíduos de uma determinada classe social nas prisões, este grupo ou classe social terá maiores dificuldades em alcançar uma condição econômica mais favorável. Gera-se, desse modo, um círculo vicioso em que aqueles que não possuem recursos financeiros tendem a serem os criminalizados, os selecionados pelo sistema prisional, e a marca gerada por essa seleção colabora de forma decisiva para que continuem socialmente excluídos.

Todavia, esse breve estudo realizado a respeito da existência do Garantismo Penal no Brasil, que propõem a descriminalização de condutas que não produzam concretas lesões à pessoa física pelo Estado Democrático de Direito. Onde a democracia “aparece

como um dos modelos que mais se aproximaram daquilo que o homem sempre buscou como fórmula para tutela e suas liberdades” CAGGIANO, (2011, p.7-8). Enquanto o Estado de Direito em sentido formal pode se mostrar autoritário e até mesmo totalitário, eis que, a não admissão de direitos fundamentais influi no caráter positivo e vigente do direito principalmente no direito civil em especial os de liberdade e propriedade.

O Direito Penal é o responsável por tutelar os bens mais caros à sociedade, bem como a gravidade de suas ações, que restringe o que há de mais valioso ao ser humano: a liberdade. E o Garantismo vem neste sentido trazendo em seu bojo limitar o poder punitivo estatal. Defendendo garantias liberais e sociais que expressam: efeitos dos direitos fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais fracos aos dos mais fortes, a tutela da grande maioria marginalizada.

Oliveira (2001, p.103) frisa: “o Direito penal esta voltado, pois a combater a permanente tensão entre o poder e o direito, entre a lei do mais fraco e a lei do mais forte, entre a classe dominante e a classe dominada”. Neste sentido, é importante lembrarmos que: para viver em sociedade, é fundamental que o cidadão tome conhecimento e esteja consciente de seus direitos, pois, só se pode cumprir o que conhecemos como cidadania e ter uma sociedade mais justa a partir do momento em que cada pessoa conhece seus direitos e deveres (grifos meus). Tomando conhecimento disso, o indivíduo pode compreender melhor seu papel no mundo e, ainda, levar a informação às pessoas de seu convívio e a quem mais precisa, tornando-se um agente multiplicador. Dai a importância de se registrar quais princípios norteiam o Garantismo Penal no Brasil.

3. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O GARANTISMO PENAL.

Antes de descrevermos quais são os princípios que norteiam o Garantismo Penal, iremos abordar rapidamente sobre um dos princípios essenciais que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Barcellos (2019, p.43) informa que, “a dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno, cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado”. Esta mesma autora, afirma que, trata-se “de uma ideia que reconhece os seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”.

Piovesan infere que:

O princípio da dignidade da pessoa humana se refere à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, ou seja, um valor intrínseco como um todo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de

Direito, nos termos do artigo 1º, III da Constituição Federal, sendo fundamento basilar da República. (PIOVESAN ,2018, pág.11)

Camargo auxilia nesta informação, nos apontando que:

O condenado, enquanto detentor de direitos fundamentais e garantias individuais estão submetidos aos cuidados do poder estatal e dessa forma deve receber tratamento digno, mesmo tendo violado as normas de convivência social, a integridade humana de outrem, assim merece cuidados do poder público competente de forma a preservar sua dignidade e assegurar o seu retorno ao convívio social, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana exige que o Estado transforme os infratores em cidadãos aptos a conviver socialmente, sem o cometimento de novos delitos. (CAMARGO, 2007, p.113)

Porém, na relação entre Estado acusador e indivíduo acusado, enquanto o Estado dedica apenas uma parte irrisória de sua força, buscando a condenação do indivíduo. O indivíduo tende a empregar a maior parte de seus recursos, ou até mesmo sua totalidade em busca de sua absolvição.

O Garantismo Penal como expressão de direito penal mínimo, apresenta se estruturado, por Ferrajoli, a partir de dez axiomas ou princípios, não deriváveis entre si, porém conectados, uns aos outros, de forma sistemática, permitindo assim condicionar e vincular ao máximo a intervenção punitiva estatal, às normas matérias, substancias de direitos fundamentais, a saber:

Ferrajoli, nos informa sobre os princípios ou axiomas:

(1) Princípio da retroatividade ou da consequência da pena em razão do delito; 2) Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) Princípio da Necessidade ou da Economia do direito penal; 4) Princípio da Lesividade ou Ofensividade do evento; 5) Princípio da Materialidade ou da Exterioridade da ação; 6) Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade pessoal, 7) Princípio da Jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusado; 9) Princípio do Ônus da Prova ou da verificação; 10) Princípio Contraditório ou da Ampla defesa ou da falseabilidade, (FERRAJOLI, 2010, p. 91)

Esses são os princípios que norteiam as garantias do Direito Penal. Tais garantias foram elaboradas, principalmente, pelo pensamento jusnaturalista, que são considerados como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal. Onde condiciona a garantia de um acusado. Abaixo, faremos uma breve explicação no que concerne cada princípio.

Neste primeiro, o princípio da retroatividade ou da consequência da pena em razão do delito; refere-se ao princípio que está definido no artigo 1º do Código Penal, que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal. Na Constituição brasileira, sua descrição está no artigo 5º, inciso II, e prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; e, ainda, no inciso XXXIX, do mesmo artigo, que estabelece: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

No segundo, o princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; consiste no fato de fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude expressa em lei.

Esses dois primeiros princípios estão dispostos no art. 5º da Constituição Federal, onde se lê: "Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal", a disposição constitucional é ainda mais abrangente, pois inclui também o princípio da anterioridade penal".

No terceiro, o princípio da necessidade ou da economia do direito penal; sua aplicabilidade se da como base orientadora ao legislador no cunho das leis, e, pode se entender ainda, a desobediência a tal princípio não pode nem deve ensejar a invalidação ou não aplicabilidade do dispositivo legal cunhado (a não ser que viole norma constitucional, ou que tal norma esteja por outra revogada, bem como nos demais casos de antinomia aparente).

No quarto princípio sobre lesividade ou ofensividade do evento, que trata da necessidade, diz se que, não há necessidade sem injúria, ou seja, esta correlacionado, como uma faceta do princípio da lesividade ou ofensividade, cujo oposto (princípio da insignificância) é largamente utilizado nos tribunais atualmente.

No quinto, sobre o princípio da Materialidade ou da Exterioridade da ação; trata da ação como fundamental à configuração do delito, também chamado de princípio da materialidade se mostra defeituoso, pois, como já visto no item anterior, o delito não é perpetrado somente por meio de ações, mas também por omissões, sendo que na maior parte dos países ocidentais (principalmente os com forte herança anglo-germânica) segue essa linha de raciocínio, sem falar que o uso da palavra "materialidade" nesse caso gera confusões, pois que se confunde com as noções de materialidade delitiva, de cunho

processual penal, e a de crime material, de cunho penal. É fato que, neste sentido não se pode falar, portanto, em *nulla injuria sine actione* (não pelo menos no direito brasileiro) quando há previsões, por exemplo, no art. 135 do Código Penal (crime de omissão de socorro, classificado como omissivo próprio pela doutrina) e o art. 13, § 2º, do mesmo código, ao proclamar que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

No sexto, o princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade pessoal, este faz referência à necessidade de averiguação da culpabilidade do agente quando da prática de fato típico e ilícito (já que não há de se falar em crime quando, sendo a conduta culpável, onde por parte do sujeito havia a potencial consciência de ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade não seja típica ou ilícita), requisito basilar para que se configure o crime, conforme indica o próprio direito penal.

No sétimo, o princípio da Jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; visa à norma processual penal, albergada na Constituição da República, no sentido de que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), representada pelo brocardo *nulla culpa sine iudicio*.

No oitavo, o princípio Acusatório ou da separação entre acusador e acusado; refere-se ao princípio acusatório, no sentido de que não há julgamento sem acusação, do qual decorre o princípio da imparcialidade do juiz.

No nono, o princípio do Ônus da Prova ou da verificação; refere-se à regra processual de que aquele que afirma deve apresentar provas da veracidade de sua afirmação (CPP, art 156), ou brocardo *nulla accusatio sine probatione*. Por outro lado, existem aqueles defensores que afirmam que este princípio pode ser defeituoso, pois perfeitamente factível que haja acusação sem provas: é o caso, por exemplo, de uma ação penal oferecida, que, sendo a acusação na sua mais clássica forma, pode vir a ser rejeitada por falta de justa causa, ou seja, por falta de provas da materialidade e da autoria delitivas (art. 395, III, do CPP).

No décimo, o princípio Contraditório ou da Ampla defesa ou da falseabilidade; neste último, trata do contraditório e da ampla defesa, norma de caráter processual prevista na Constituição (art. 5, LV).

Colocamos, dessa forma, outra reflexão, num país como o Brasil onde os recursos da polícia judicial são escassos e, apesar de estarmos entre as maiores economias do mundo, sabemos que a desigualdade na distribuição de renda é enorme. Aqueles indivíduos que estão no topo da pirâmide social, ou seja, que possuam condições financeiras, acabam ficando em uma posição de superioridade em relação à acusação, não por serem mais fortes que o Estado, mais por possuírem mais recursos do que aquele

empregado pelo Estado, na condenação, de um único indivíduo. Então, que princípios, e que garantias são inferidas aqueles que não possuem condições financeiras?

É neste sentido que buscamos discutir a contraditoriedade dos indivíduos economicamente menos favorecidos que veem muitas vezes suas garantias constitucionais negadas. Isto é, exatamente aqueles que na sua prática, são mais necessitados, e esses não conseguem ver seus direitos constitucionais assegurados.

Schmidt mostra que :

É necessário lembrar que a maioria dos teóricos garantistas nacionais afirmam, que comumente se atribui ao Direito Penal a capacidade de lidar com o fenômeno da criminalidade, capacidade além, muito superior á que o direito penal tem, já que o problema da criminalidade tem, como principais fatores, questões econômicas e sociais.(SCHMIDT, 2004,pág.114).

Neste sentido, o autor reconhece que a criminalidade no Brasil é um problema complexo, com profundas implicações sociológicas. Porém, todavia o tratamento dela fica limitado ao âmbito jurídico, já que apenas é criticado o tratamento jurídico penal dado aos acusados. Talvez defender o enrijecimento do sistema penal brasileiro não irá contribuir para a diminuição da violência, pois está necessariamente deve passar pela justiça social.

O que se deve ressaltar é que, a forma como os princípios do garantismo penal ajudam a legitimar a própria desigualdade de tratamento entre os réus, pois no geral é dentro dessas concepções que são fundamentadas as decisões tomadas. Por outro lado, aqueles que têm uma defesa realmente consistente fazem valer seus direitos constitucionais previstos, ou seja, quando analisadas as referidas decisões individualmente verifica-se, que estão em perfeita sintonia com o Garantismo Penal.

Sobre o Garantismo Penal, Ferrajolli explica;

O garantismo Penal tem como principal objetivo limitar o poder punitivo estatal, negando assim os pressupostos basilares do positivismo jurídico. Defende garantias liberais e sociais que expressam: efeitos dos direitos fundamentais dos cidadãos frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais fracos ao dos mais fortes, a tutela da grande maioria marginalizada frente às maiorias integradas, pois se há dois seres humanos, conseqüentemente existirá dois direitos iguais e com isso um não poderá se sobrepor ao outro. (FERRAJOLLI, 2015, pág.25).

Com efeito, estas desigualdades que são inferidas no tratamento dos réus devem ser dadas como obsoleta, pois já saímos do processo de colonização, é obrigatório que a “mente” daqueles que julgam devem ser voltados para os princípios que regem o Garantismo Penal em si (grifos meu). Pois o garantismo apresenta-se como uma importante base teórica para uma nova sistemática penal, e por consequência, a fundação de um outro modelo jurídico de investigação preliminar, mais alinhado a um viés de redução dos danos e de dores. (FERRAJOLLI, 2015, pág.25).

Carvalho informa que a teoria garantista propõe uma releitura na busca de tutela dos direitos fundamentais.

...na busca por novos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe uma releitura de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal: (I) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (II) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (III) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política). (CARVALHO, 2008, pág.96).

Neste sentido, o garantismo vincula-se, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar arbitrariedade do poder estatal. Por ser o poder do Estado, o que mais restringe ou ameaça a liberdade pessoal, o garantismo é uma segurança no Garantismo Penal.

O modelo de Estado de direito que Ferrajoli identifica ao garantismo, é aquele em que: formalmente, o poder está ligado ao princípio da legalidade. Isto é, onde os poderes públicos estão disciplinados por leis que determinam as formas, os procedimentos e as competências, e para os casos de inobservância as previsões legais, neste caso haverá o controle judicial. Materialmente, todo o poder político encontra-se vinculado pelos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são elevados às referenciais de conteúdo para aferir a legitimidade do exercício do poder em suas formas, procedimentos e competências.

Canotilho fala que :

O Garantismo Penal é uma das bases da filosofia liberal que retira do saber jurídico comprometido com a defesa da liberdade à necessidade de minimizar a violência exercida pelo poder punitivo do Estado: as garantias penais e processuais são as técnicas para

tornar efetiva essa exigência de redução de violência e domínio punitivo. (CANOTILHO, 1996, p.17).

Assim sendo, proporcionando o indivíduo mais segurança, nesse procedimento, e conduzindo mais chances de um procedimento mais justo. A pesquisa vem mostrar que, no Garantismo Penal existem dez princípios que regem o Código Penal e Processual Penal como citado anteriormente.

Relembra-nos Ferrajoli, a saber:

(1) Princípio da retroatividade ou da consequência da pena em razão do delito; 2) Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) Princípio da Necessidade ou da Economia do direito penal; 4) Princípio da Lesividade ou Ofensividade do evento; 5) Princípio da Materialidade ou da Exterioridade da ação; 6) Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade pessoal, 7) Princípio da Jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusado; 9) Princípio do Ônus da Prova ou da verificação; 10) Princípio Contraditório ou da Ampla defesa ou da falseabilidade, (FERRAJOLI, 2010, p 91)

Não se pode esquecer que é necessária a criação de normas que regulamentem o convívio social, caso contrário seria impossível manter a ordem e a coesão. Podemos evidenciar no garantismo um dos seguintes problemas: o desconhecimento do direito, e agilidade nos processos, em muitos casos alguns apenados já cumpriram suas penas e ainda estão presos. Necessariamente, deve se fazer uma reforma no sistema penal, e através dessas reformas, mudanças ocorram para a efetivação dessas garantias, caso contrário, essas garantias sempre irão ser violadas pelo Estado.

O grande jurista Norberto, expõe que a liberdade do ser humano foi um direito conquistado na Declaração dos Direitos Humanos onde podemos mencionar o Garantismo no âmbito penal, demonstra a indiscutível inserção histórica que pauta a aplicação das regras extraídas de um movimento que postula a atuação legítima do Direito.

A natureza política dos direitos Penal e Processual Penal, assim como de todos os ramos do direito, deve regular a vida social, cooperar no funcionamento do ordenamento jurídico em geral, como instrumento de transformação positiva da sociedade.

São consideradas "conquistas históricas, resultado das revoluções, enfatizando a separação entre direito e moral como limite ao arbítrio moral dos juízes e legisladores no

exercício do seu poder, separando o direito válido, do direito arbitrariamente justo". (FERRAJOLI, 2006, p.555). Neste sentido entendemos e concordamos que o Garantismo Penal deve ser posto como uma expressão do direito penal mínimo dentro dos dez princípios ou axiomas existentes no garantismo que não estão deriváveis entre si.

Na sequência, faremos uma explanação a respeito da aplicação dos princípios do garantismo penal em lei. Pois, como vimos o Garantismo Penal baseia-se na efetivação dos direitos fundamentais para alcançar o que já se denominou o Estado convencionalista de direito.

4. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL EM LEI.

Os argumentos que serão aqui apresentados a respeito da aplicação dos princípios do garantismo penal em lei pode ter conotação no primeiro momento negativo.

Pois, é na aplicação desses princípios que surge a maior distorção da lógica do Direito Processual Penal em nosso país. As garantias, especialmente as de cunho processual, têm pouca valia para aqueles que não têm recursos suficientes para custear os honorários de profissionais bem qualificados. A maioria dos réus é atendido por profissionais mal preparados ou pela defensoria pública, que se, comparada a grandes escritórios de advocacia ou ao Ministério Público, possui estrutura precária.

Logo, do ponto de vista conceitual quando as garantias não são aplicadas igualmente para todos os cidadãos elas perdem seu caráter de garantias, justamente porque muitos indivíduos não terão acesso a elas, o que tira dele o caráter de certeza, necessário a sua configuração.

Além disso, o fato de existir, na prática, uma significativa diferença no tratamento recebido por cada indivíduo ao se deparar com o aparato punitivo estatal, de acordo com a classe social a que o indivíduo pertence é um fator que colabora com a manutenção, ou até com o agravamento da desigualdade social existente em nosso país.

A desigualdade é fator relevante que pode marca ferozmente a vida de um indivíduo, pois como retrata Neder:

Neste sentido, destacamos aqui o fato de uma simples passagem do indivíduo pelo sistema carcerário marca sua vida para sempre, diminuindo sobre maneira qualquer possibilidade de ascensão social. Ou seja, uma pessoa pobre, que ordinariamente já teria menos oportunidades, ao passar pelo sistema prisional vê serem praticamente eliminadas suas possibilidades de crescimento profissional, além de outras dificuldades criadas pelo estigma do cárcere. (NEDER, 2012, p.66).

Essa mesma autora nos faz refletir sobre as marcas deixadas pelo cárcere no indivíduo “é algo tão profundo, com tantas implicações, especialmente em seu relacionamento social, que é comum que ex-detentos tentam ocultar esse aspecto do seu passado”. (NEDER, 2012, p.67-68).

É sabido por todos que, são raras as situações em que o fato de já ter estado internado no sistema prisional pode beneficiar uma pessoa ou, mesmo, ser admitido por outras pessoas sem que haja maiores implicações para ex- presidiários. Por outro lado, o encobrimento do fato quase sempre trará consequências positivas, haja vista o preconceito generalizado que existe contra os ex-detentos, não só no Brasil, mas na maior parte das sociedades.

Por mais paradoxal que possa parecer, já que, o garantistas defende que muitos dos problemas combatidos por meio do Direito Penal só podem ser resolvidos através de uma justiça social. Dessa forma, o Direito Penal não tem condições de resolver tudo só existe a necessidade de formar uma operação conjunta com outros órgãos.

Oliveira afirma:

O Código do Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras que apresenta postulados fundamentais da política processual criminal de um determinado Estado, e que informam o conteúdo das normas que regem o processo em seu conjunto, dizendo respeito, pois, ao seu conteúdo material, aos poderes jurídicos de seus sujeitos e à sua finalidade imediata. (OLIVEIRA, 1997, p.56)

Portanto em se tratando das garantias que estão explícitas na constituição essas garantias e os princípios do cidadão são usurpados ou negligenciados por quem aplica as penalidades.

Cademartori, assim informa:

Todos os direitos e garantias são reconhecidos, porém nem sempre são usados a favor daquele que necessita. Os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que o Brasil firmou sobre os direitos e garantias processuais penais, inclusive com a possibilidade de ter a eficácia de verdadeiras emendas constitucionais que podem reger princípios adotados pela Constituição Federal. (CADEMARTORI, 1999, p.75).

Em se tratando de aplicabilidade de tais princípios que estão explícitas em lei vemos a necessidade de se refletir, se estas estão de fato garantindo ao cidadão os direitos. Observamos que na maioria dos casos o Estado vem usurpando ou negligenciados tais direitos por quem aplica as penalidades.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grande parte das teorias trazidas ao Brasil serviu não só como fonte de transformação da nossa mentalidade, como para melhorar a relação de convivência entre as pessoas na sociedade.

Dai a necessidade de falarmos sobre a estratificação social no Brasil que é de grande importância para diversas áreas do conhecimento, com diversas maneiras de se estratificar a população. A estratificação social e econômica é importante na tentativa de capturar o comportamento heterogêneo dos agentes através de uma visão mais homogeneizada. E, em se tratando do Brasil a Constituição da República de 1988 dispõe a todos os brasileiros, direitos e garantias fundamentais, aos quais garante a responsabilidade do Estado de assegurá-los com efetividade, de acordo com os limites impostos à sua atuação, mediante o devido processo legal e especialmente dentro do parâmetro de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, estudar sobre a teoria do garantismo penal, estudada por Luigi Ferrajoli, que nos assegura claramente o adequado desenvolvimento de um estado de direito equilibrado, proporcional e integral, correlato às garantias jurisdicionais presentes em uma relação processual penal.

Em síntese, espera que se cumpram os preceitos do Estado Democrático de Direito significa assumir responsabilidade por sua preservação, sendo esta a essência pura da Teoria do Garantismo Penal Integral, que vela pela proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais e, ao mesmo tempo, revela à sociedade o direito de ter instrumentos processuais que lhe tragam estabilidade e segurança no meio coletivo, de forma que haja entre os interesses individuais e sociais, verdadeira harmonia e ponderação dos valores constitucionais independente da classe social do indivíduo.

6. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

CAGGIANO, M.H.S. Democracia x Constitucionalismo. Um Navio à deriva? Cadernos de estudos de pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.p.7-8.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente reflexivo. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. 1996. p.23.

FERNANDEZ. E.El. Contractualismo Classico y los derechos naturales. In Fernades.E. teoria dela Justiça y Derechos humanos. 1984. p.148.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal. 4º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014. p.55.

FERRAZ. JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito- Técnica, Decisão e Dominação. 2º ed. São Paulo. Atlas. 1994.

GILBERTO, Cotrim; FERNANDES, Mirna. Fundamentos de Filosofia. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEDER. Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. 2º ed. Niteroi: Eduff, 2012, p.80.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA. Gilberto Calado de. Garantismo e Barbare. São Paulo. Conceito Editorial, 2001. p.103.

OLIVEIRA. J.R. José Alcebiades, O Direito como sistema de garantias. O novo como Política e Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1997, p.237.

PEPINO, Lívio. Appunti per una storia di Magistratura Democratica, disponível na Rede Mundial de Computadores no endereço eletrônico http://ww.magistraturademocratica.it/mdem/materiale/storia_md.pdf, acesso em: 17 de junho de 2021

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2018. P.11.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 129.

OS ASPECTOS JURÍDICOS E PROCEDIMENTAIS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO CIBERESPAÇO

FRANCISCO RAFAEL PEREIRA DA SILVA:
Bacharelado do curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar os aspectos jurídicos e procedimentais no que diz respeito ao crime de estupro de vulnerável no ciberespaço. Nesse sentido, levando em consideração que esse tipo de crime tem ganhado cada vez mais destaque no meio social, torna-se indiscutível a sua relevância. Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, que possibilitou a reunião de livros, artigos, monografias e seus respectivos autores com o intuito de estimular debates sobre o tema ora em comento. A pesquisa se justifica por tratar sobre o impacto do avanço tecnológico, com o advento de diversas modalidades de redes sociais e instrumentos tecnológicos que corroboram para a prática de atividades criminosas no mundo virtual, especificamente o crime de estupro de vulnerável. Nesse sentido, como orientação da pesquisa, foi realizada a análise de dispositivos do Código Penal Brasileiro que dispõem acerca do crime de estupro de vulnerável. Em segundo plano, foi realizada o estudo acerca da vulnerabilidade absoluta, envolvendo a violação de preceitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Por fim, como fruto do presente estudo, foi possível constatar que apesar das inovações presentes no Código Penal, ainda faz-se necessária a utilização máxima da técnica da hermenêutica, no que diz respeito a análise de casos concretos.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável; Ciberespaço; Código Penal Brasileiro; Vulnerabilidade absoluta.

ABSTRACT: The research aims to analyze the legal and procedural aspects regarding the crime of rape of a vulnerable person in cyberspace. In this sense, taking into account that this type of crime has gained increasing prominence in the social environment, its relevance becomes indisputable. For this purpose, bibliographical research was used as a methodology, which enabled the gathering of books, articles, monographs and their respective authors in order to stimulate debates on the topic under discussion. The research is justified because it deals with the impact of technological advances, with the advent of different types of social networks and technological instruments that support the practice of criminal activities in the virtual world, specifically the crime of rape of a vulnerable person. In this sense, as a guideline for the research, an analysis of provisions of the Brazilian Penal Code that provide for the crime of rape of a vulnerable person was carried out. In the background, the study on absolute vulnerability was carried out, involving the violation of fundamental precepts provided for in Article 5 of the Federal Constitution. Finally, as a result of this study, it was possible to see that despite the

innovations present in the Penal Code, it is still necessary to make maximum use of the hermeneutics technique, with regard to the analysis of specific cases.

Keywords: Vulnerable rape; Cyberspace; Brazilian Criminal Code; Absolute Vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

No mundo cibernético a difusão de informações é cada vez mais eficiente e veloz, ao passo em que, na atualidade, por conta da pandemia do COVID19, houve um aumento visível ao acesso à rede mundial de computadores, tornando-se, evidentemente um meio propício para o cometimento de crimes virtuais, dentre os quais podemos citar o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do código penal, sendo este na modalidade virtual, não se diferenciando, para tanto do estupro físico, presente no artigo 213 do código penal. Diante disso, verifica-se a necessidade de abordar os aspectos e procedimentos jurídicos do crime de estupro de vulnerável ocorridos no ciberespaço, por trata-se de uma vulnerabilidade absoluta, no qual envolve a violação de preceitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

O código penal brasileiro em seu artigo 217-A nos traz a figura do crime de estupro de vulnerável, sendo aplicado a qualquer pessoa que viole a dignidade sexual do menor de 14 anos, nas circunstâncias descritas no caput do referido artigo, portanto, este código possui fontes primárias e secundárias que possibilita uma melhor aplicação das normas vigentes no caso concreto, sendo elas não só as leis, mas também os princípios, as jurisprudências e as doutrinas predominantes, bem como as decisões recentes dos tribunais superiores.

Denota-se que a Lei nº 8.072/90 - que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências – preceitua, em seu artigo 1º, inciso V que o crime de estupro é considerado hediondo. O tipo penal em análise busca a proteção do bem jurídico tutelado, qual seja: a liberdade sexual. Nessa esteira, a liberdade sexual a que se refere consiste na faculdade de disposição do próprio corpo. Não obstante, a questão que será analisada é a possibilidade da ocorrência do crime de estupro de vulnerável por meio virtual, realizando-se um estudo acerca da tipificação penal do estupro, bem como de suas elementares.

A presente pesquisa está diante de uma temática sensível, polêmica e de grande repercussão social e jurídica, oriundo de inovações no âmbito da tecnologia e sociais que ocorreram anos para cá, com a evolução da área de informática, surgiram novos métodos de contato. Além das redes sociais o crime de estupro foi modernizado, hoje não só pela interação física, mas também virtual pelo âmbito cibernético, violando diversos preceitos

fundamentais, bem como a proteção integral e absoluta ao vulnerável, acarretando danos irreversíveis de relevância psicológica, jurídica e social.

Ademais, é sabido que a legislação pátria necessita de mudanças que reflita sobre a sociedade, pois essas mudanças podem enfrentar bens jurídicos causados pela dignidade humana, e o Estado tem a responsabilidade de proteger e punir as violações de tais bens. Apesar dessas atualizações, a sociedade está em constante mudança, e o impacto do mundo virtual no cotidiano social tornou o ciberespaço um campo propício à prática de crimes sexuais.

A pesquisa é relevante tanto para o profissional do Direito quanto para a sociedade, em virtude de tecer considerações relevantes acerca da necessidade de abordar os aspectos e procedimentos jurídicos do crime de estupro de vulnerável tendo em vista o espaço virtual, propondo suas características, posicionamento jurídico e jurídico, e as consequências de seu controle sobre os operadores legais e vítimas.

2 GENERALIDADES ACERCA DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O direito penal é formulado de acordo com as necessidades e expectativas da sociedade por se tratar de um meio de controle social, sendo que, neste caso, as mudanças sociais ocorridas após a década de 1940 obrigaram a uma alteração do diploma de pena, porque o código penal contém esses conteúdos. Os antigos regulamentos não correspondiam à nova realidade.

Quando a previsão do dispositivo legal não está de acordo com a realidade e os interesses gerais, a aplicabilidade desta, acaba tornando se frustrada em termos de finalidades sociais. Ao afetar casos específicos, esta regra pode produzir injustiça, porque alguns ou alguns dos comportamentos que foram digeridos no direito penal no passado não devem ser punidos por serem irrelevantes, e muitos comportamentos são incluídos no percurso penal. O Doutrinador Nucci destaca:

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos. (NUCCI, 2010, p. 24)

Além do mais, de acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal deve centrar-se nos bens que necessitam de maior proteção, enquanto outros

departamentos jurídicos não podem desempenhar eficazmente as funções de salvaguarda. Em outras palavras, o Direito Penal é a escolha legislativa final para punir e resolver os conflitos com sanções mais severas, por isso os países deveriam usar o Direito Penal apenas neste último caso.

Em meados de 2009, promulgou-se Lei nº 12.015 no qual modificou de forma relevante a redação do artigo 213 do CPB, que tratava do estupro, o que trouxe muitas inovações ao crime de estupro, e seu âmbito de aplicação foi bastante ampliado. Nesse sentido, a Lei nº 12.015/2009, que altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, bem como o artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores, adentrou na figura típica prevista no Código Penal, adotando um novo nomen iuris ao estupro de vulnerável. Dessa forma houve a caracterização desse crime como um tipo autônomo, diferenciando-se daquele disposto no artigo 213 do referido diploma legal. Nesta esteira, a vulnerabilidade está relacionada a concepção de que algumas pessoas não possuem aptidão física e psicológica para entender o caráter lascivo que envolve as relações sexuais ou não possuem condições psíquicas mínimas para revelar livremente o desejo no que diz respeito à prática de relações sexuais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), estabelece em seu artigo 2º que é considerada criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Ademais, o Código Penal considera o indivíduo vulnerável até os quatorze anos de idade. Nessa esteira, a vulnerabilidade está relacionada a incapacidade de decidir ou consentir com a prática de qualquer tipo de ato sexual. Para tanto, o artigo 217-A do referido diploma legal é de presunção absoluta, vez que caracteriza como estupro de vulnerável a conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com menor de quatorze anos.

A vulnerabilidade contida no artigo 217-A do Código Penal “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir” (NUCCI, 2008, p. 829). Neste passo, subsistirá a presunção de que as pessoas consideradas vulneráveis, não possuem capacidade para consentir, portanto, o legislador visa eliminar possibilidades acerca de circunstâncias fáticas, incluindo a possibilidade de consentimento da vítima, para que seja configurado o crime de estupro de vulnerável.

Claro está portanto que o bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do Código penal é a dignidade sexual do menor. Diante disso, é importante salientar que o menor não tem disponibilidade do exercício da liberdade sexual. Ademais, de acordo com o artigo 224 do

referido diploma legal, o fato do crime ter sido cometido com consentimento não afasta a tipicidade do delito, uma vez que o sujeito vulnerável não possui o necessário discernimento para consentir com a prática do ato.

A defesa do menor de quatorze anos encontra previsão no Código Penal. No entanto, acentuou-se a necessidade de criar a figura do vulnerável. Isto porque anteriormente existia a presunção de violência, que ocasionava debates doutrinários acerca da configuração dessa presunção, se deveria ser relativa ou absoluta. Com isso, visando pôr fim a esse debate, surgiu o artigo 217-A, que instituiu a figura do vulnerável, consistindo na ideia de que o incapaz não possui discernimento para consentir de forma válida para a prática de atos sexuais. Nesse sentido:

Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão violência presumida. Entretanto, não se vai apagar a própria etimologia do vocábulo estupro, que significa coito forçado, violação sexual com emprego de violência física ou moral. Ademais, a rubrica do tipo penal traz o termo estupro de vulnerável, representando uma violação forçada no campo sexual. (NUCCI, 2010, p. 101)

Assim, percebe-se que quando a vítima é menor de quatorze anos de idade, não será possível a apuração de fatos, visto que a presunção absoluta prevalecerá, pois “o enunciado lacônico do art. 217-A traz implícito a irrelevância do consentimento do ofendido quanto à prática da libidinagem: crime haverá mesmo com tal consentimento” (GENTIL, 2009, p.39).

Vale observar que não se pode confundir a vulnerabilidade e a presunção de violência constantes na legislação anterior, visto que são considerados vulneráveis os menos de dezoito anos, mesmo que tenha atingido maturidade prematura. Logo, não se trata de presumir a incapacidade ou a violência, pois a vulnerabilidade consiste em um conceito abrangente, que se baseia na necessidade da proteção do Estado em relação aos sujeitos vulneráveis.

De acordo com Nucci (2010), a etimologia da palavra estupro, por si só, aduz a existência de violência. Não obstante, para restar configurado o crime de estupro de vulnerável, o sujeito ativo poderá ser homem ou mulher. Nesse mesmo sentido, para a prática da conjunção carnal o sujeito passivo poderá ser de ambos os sexos e para que esteja configurada a prática de atos libidinosos, é possível que autor e vítima sejam indivíduos do mesmo sexo.

Para configurar o disposto do artigo 217-A do código penal, deverá ocorrer uma análise entre as circunstâncias do caso concreto e o disposto no tipo penal incriminador.

Aduz-se, a primeira parte, ter conjunção carnal, podendo ser entendida como a introdução completa ou não do pênis na vagina. Visivelmente, de fato, não há a possibilidade da incidência desta primeira parte nos crimes virtuais, pelo simples motivo de não haver contato físico; na segunda parte do referido texto, alude, praticar outro ato libidinoso, sendo, desta forma mais abrangente. Todo ato divergente da conjunção carnal torna-se ato libidinoso, logo, os tribunais superiores orientam no sentido de que a contemplação da lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos penais presentes nos artigos 213 e 217-A, sendo irrelevante, para a consumação do crime, conforme o §5º, do artigo 217-A, o consentimento da vítima, bem como suas experiências sexuais anteriores.

3 VIABILIDADE DA IMPUTAÇÃO DO ESTUPRO VIRTUAL COMO CRIME TIPIFICADO

Sempre houve pessoas ao nosso redor que se tornaram vítimas desse comportamento bárbaro, mas infelizmente, devido à morosidade da justiça e até mesmo ao medo da vítima de decisões sobre o que pode acontecer após uma denúncia, muitos casos não foram punidos, então são mais dispostos Escolha o sofrimento de uma vida.

Esses tipos de comportamentos violentos ficarão gravados na memória, e os danos emocionais até colocarão em risco o futuro dessas pessoas. Diante disso, como resultados de pesquisa realizada por pesquisadores em 25 de maio de 2017 mostram que criminalizar o estupro de grupos vulneráveis sem contato físico será um grito de vitória para a sociedade, da qual 84,4% (84%), 4% dos os eleitores disseram que apoiam a imputação legal. (FERENDUM, 2017).

Através de pesquisa de campo, em entrevista com a delegada titular da Delegacia Especializada em Proteção à Criança e ao Adolescente - DEPCA, Joyce Coelho (informação verbal), no intuito de verificar seu posicionamento acerca do tema em estudo, afirmou:

[...] Não resta margem duvidosa para viabilizar a possibilidade de imputação ao crime de estupro de vulnerável sem algum tipo de contato físico, até mesmo se levado em consideração o dispositivo constitucional, art. 227, que assegura a proteção da criança e adolescente, e dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade.

Desta feita, não resta dúvidas da pretensão do legislador, no que tange ao preenchimento das lacunas e requisitos subjetivos, ao passo em que estes dogmas do contato físico devam ser quebrados, pois por muito tempo, a base para as condenações nesse sentido, eram circuncidadas exatamente através do contato. Lembrei de um caso aqui, no qual o autor do crime induzia a criança a prática de atos

sexuais, ele pedia para a vítima do crime se masturbar pela webcam, nesse caso por exemplo, não houve conjunção carnal, exploração, prostituição, nem toque, porém, havia o induzimento da vítima atos reiterados, menor de 14 anos, em que tal exemplo se enquadrou como estupro de vulnerável, tendo em vista a presunção legal, idade e ainda os indícios de atos considerados como libidinosos, diverso da denominada conjunção carnal, considerada como estupro de vulnerável. (abr. 2021).

O jurista e escritor, mestre em Segurança pública e criminal, Dr. Paulo Rizzo, em entrevista particular (informação verbal), também argumentou quanto a sua consideração e esperança na eficácia do combate a conduta em suma, a qual certamente irá beneficiar a sociedade, em razão da proteção dos direitos humanos. Ademais, insta salientar que autoridades do legislativo estão em constante mobilização para sanar esta lacuna existente, estando em harmonia com parte de doutrinadores de nosso ordenamento, com a finalidade de imputar tal fato com crime propriamente dito.

Ainda que leve certo tempo para que haja o devido reconhecimento jurídico para tal tipificação em razão desta modalidade de estupro, não é oportuno ignorarmos tal tipificidade, de modo que se afaste, sabendo que a dignidade sexual é ímpar e una, por mais que seja tênue entre a feição virtual e real. Greco (2011, p. 460) afirma o que segue:

Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado o delito. (GRECO).

Aufere-se que tal consideração nos termos jurídicos para essa modalidade de delito é a de estupro, acarretando-se que somente em sede de dosimetria da pena, o magistrado leva em consideração nos casos em que houve o toque físico ou não, caracterizada pela gravidade efetiva de tal conduta, e conseqüentemente fazendo delimitação legal em razão do tempo de cumprimento de pena.

Ademais, o tema em comento traz a tona discussões com relação ao delito. Um dos casos pioneiros em nosso País, ocorreu no Estado de Piauí, conforme informações do sítio eletrônico do TJPI, um indivíduo utilizava de um perfil falso na plataforma *facebook*, com intuito de ameaçar e fazer diversas publicações de cunho íntimo da vítima, fazendo exigência que ela enviasse fotos através do *chat*, indo da nudez e até mesmo à masturbação.

O caso exposto anteriormente, trouxe diversas repercussões veiculadas pela mídia, pois seria de alta complexidade cogitar um crime virtual, o que se retira do código penal

de 1940, o estupro depende unicamente do contato físico entre o autor do crime a vítima, devendo levar em consideração se o contexto elencado na inteligência do art. 213 CP, traz nessa modalidade criminosa, a conduta exercida no campo cibernético. Noutra esteira, elenca-se ainda, outro caso que mui repercutiu foi em Minas Gerais, no qual o indivíduo foi apenado por ameaçar de morte um grupo de mulheres, vindo a coagi-las sob a pressão de que iria postar suas fotos íntimas. Ressalta-se que este, também se escondia através de um perfil *fake*.

Com diversas modificações legislativas, cercea que a vítima do evento criminoso se enquadrará como passivo, que caracteriza justamente através do momento em que a vítima sofre a violência sexual e, no papel de de sujeito ativo, dado momento em que ela é coagida ao constringimento notório sexual, como também, ao praticar tal ato no próprio corpo ou ainda com o meliante, desta forma, dispensando o devido contato físico entre vítima e autor (caracterizando o estupro virtual).

Neste ensejo, traz-se à baila deste presente Artigo, a ressalva do então Jurista Cezar Bittencourt (2012):

“A ordem jurídica não pode exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heroicos. Também aqui vigem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça. Para a configuração de crime de estupro não há necessidade de que a violência seja traduzida em lesões pessoais.” (BITENCOURT, 2012)

Entretanto, observa-se que por conta da ausência de tipificação legal expressa, a doutrina diverge quanto a esta peculiaridade, Luiz Regis Prado (2014) expõe:

“O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), quem tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual.

Entende-se por liberdade sexual a vontade livre de que é portador o indivíduo, sua autodeterminação no âmbito sexual, ou seja, a capacidade do sujeito “ de dispor livremente de próprio corpo á pratica sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante á relação em si,

como no concernente á escolha de seu parceiro ,(..) na capacidade de se negar a executar ou tolerar a realização por parte de outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois, ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente.”

A liberdade sexual se configura como uma parcela da liberdade pessoal, sendo, porém, tutelada de modo autônomo. O fundamento de tal especificação se encontra em três planos diversos: a especial vinculação com autor realização pessoal; a diferenciação de suas formas comissivas, tanto no que se refere ás diversas condutas sexuais realizadas como no tocante ás diversas modalidades de atentado á liberdade; e, por fim, os significativos condicionamentos normativos presentes nesses delitos.

A liberdade sexual, como objeto de tutela da lei penal sexual, relaciona-se com uma determinada percepção do que representa a dimensão sexual na vida humana. Busca-se garantir toda pessoa que tenha capacidade de autodeterminação sexual que possa exercê-la com liberdade de escolha e de vontade, segundo suas próprias convicções. (PRADO, 2014, p.1026).”

Pois bem, conforme elencado de forma cristalina, que a mulher exerce seu dever e faculdade quanto ao expor as suas devidas necessidades de cunho sexual.

Como já exposto anteriormente, a legislação pátria não elenca a tipificação explícita o crime de estupro de vulneráveis virtual (sem o contato físico), assim, não há previsão legal. No artigo 217-A, prevê tipificação tendo como requisito para que se consuma tal delito, no que pese ao contato entre autor e vítima do crime em tela. Além de tudo, caso a conduta seja realizada simultaneamente ou não entre as duas condutas, responder-se-á por crime único no rol dos crimes hediondos, com base na Lei 12.015/90.

Na sociedade é comum que esses casos aconteçam, principalmente com o advento da era social, onde todos estão conectados independente de qual localidade esteja no momento. Cenas de violação da sexualidade dos vulneráveis acontecem reiteradamente, e ainda que não haja contato físico, as autoridades policiais que chegam ao caso, ou ainda os membros do MP, ainda em sede de conhecimento, na sua grande maioria, caracteriza o tal delito em forma do crime na modalidade contravenção penal, caso em que a sanção punitiva é mais branda.

No entanto, com viés de adequação aos tempos em que a sociedade evolui, faz-se necessário que esta realidade tome outro caminho, no intuito de trazer segurança jurídica

com relação às vítimas dessas atrocidades cometidas, é notório que haja uma nova imputação legal para que as ocorrências desse sentido seja enquadrada como crime.

De acordo com a teoria tripartida, originada pela inteligência do então jurista Hans Welzel, comumente acolhida pela (Masson, 2011). Ou seja, no que diz respeito à caracterização de um crime, é imprescindível que a conduta do autor seja refutada pelo Ente estatal e pela sociedade, tendo em si que, não há lógica de um crime que seja reprovado por toda a sociedade, porém, a sua conduta delitiva não esteja amparado por lei expressa, assim, não constituindo crime.

Desta feita, é imprescindível que somente haja imputação criminal por meio de expressa previsão legal, uma vez que conforme o brocardo jurídico externa: “*nullum cirmem, nulla poena sine lege poenale*” (em tradução significa que não há crime, nem pena, sem lei que o defina) conforme dispõe Guimarães. Assim, o Estado tem o condão de aplicar a devida punição nos casos em que haja previsão no código penal, se enquadrando assim nos termos das violações tipificadas.

Nestes termos, assevera os escritores jurídicos que: “ *A norma legal deve exercer seu poder para determinar as condutas de um povo, tolher ações e ainda promover a responsabilização de omissões. Em sede de triunfo penal, temos a legalidade em sentido estrito, como assegura diversos dispositivos constitucionais e o princípio latim, que não existe crime sem Lei prévia.*” (SANTOS E COPOBIANCO, 2014).

No que pese ao elenco da Lei do Código Penal, em seu artigo 1º: “*Considera-se crime a infração penal a que a Lei comina pena de reclusão ou de detenção quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, contravenção, a infração penal a que a Lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*” (BRASIL, 1941).

Para não haver desproporcionalidade aos direitos do sujeito acusado pela autoria do crime em comento, no que pese ao saber ilibado do legislador, ao ser imposta uma nova lei sob júdice do “estupro de vulnerável sem contato físico”, é necessário que exista a observância do mínimo de justa obediência ao princípio da proporcionalidade, ou seja, em observância ao princípio da proporcionalidade, os valores em divergência com o que necessita o direito individual a ser transgredido, oportuno que haja a devida preponderação do mais relevante. Há de se averiguar, pois, se o encargo vinculado ao cognominado do direito fundamental aplica conexão de proporcionalidade do bem jurídico, o que se prescinde da pretensão de tutela.

3.1 A irrelevância do conato físico no crime de estupro de vulnerável

É mister esclarecer que é considerado de caráter lascivo o ato satisfazer a libido com a nudez alheia, mesmo que isto ocorra à distância, sem que o agente tenha contato físico com a vítima. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), preferiu a seguinte decisão:

DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena (STJ. 5ª Turma. RHC 70.976- MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587).

No tocante ao significado da palavra contemplar, este compreende o ato de olhar por muito tempo e com atenção um indivíduo, algo ou até a si mesmo. No que diz respeito ao significado da palavra lascívia, este compreende definições de comportamentos de um indivíduo que demonstra desejo pelos prazeres do sexo. Nesse mesmo sentido, no que diz respeito ao significado da palavra despudor, este se refere a qualidade daquilo que está reservado à libidinagem ou feição para a sensualidade. À vista disso pode-se concluir que a contemplação lasciva a que se refere a decisão supramencionada, está relacionada a intenção de satisfação da libido com a nudez alheia, mesmo à distância, com a ausência de contato físico. Ocorre que, quando esta conduta também envolve a coação da vítima, restará configurado o tipo penal de crime contra a dignidade sexual. Ademais, se a vítima enquadrar-se nos conceitos de sujeito vulnerável, restarão preenchidos as elementares típicas do crime de estupro de vulnerável, constante no artigo 217-A do Código Penal brasileiro. Não obstante, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a contemplação de caráter lascivo, por si só, não é suficiente para enquadrar-se como conjunção carnal, mas segundo entendimento de grande parte da doutrina, é considerado ato libidinoso distinto da conjunção carnal, não sendo exigível que ocorra o contato físico entre o agente e a vítima. Logo, a ausência de contato físico não incidirá para afastar a

responsabilidade criminal do agente, mas poderá influenciar na dosimetria da pena, com atenção a proporcionalidade do agente que manteve contato físico com a vítima entre o agente que apenas contemplou a vítima lascivamente.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa em comento, granjeou detalhadamente os objetivos suscitados. Perquirindo de forma clara e sucinta, no qual constatou-se que durante o procedimento de pesquisa e inspeção, os desafios que as autoridades jurídicas e legislativas, até mesmo os operadores do Direito, de forma geral, terão em atribuir ou ainda, correlacionar que o fato delituoso se elenca como estupro de vulnerável sem qualquer forma de contato físico. Tal desafio se dá em razão da ausência de lei expressa que culmine em tal delito.

Nota-se ainda que a doutrina majoritária possui pouca base para assegurar respaldo em favor da superveniente dignidade da pessoa humana, havendo a devida urgência em alterar a legislação específica do artigo 217-A, no que diz respeito a prática do estupro contra vulnerável, qual seja, somente caracterizado se existir a conjunção carnal, ou melhor, o contato físico entre autor e vítima.

Notório que a violação sexual ocorre reiteradamente, em todos os ambientes, todos os dias há veiculações nas mídias nacionais, contudo, fazer definição deste delito é complexo na prática. Insta salientar que ao decorrer do presente trabalho, houve fundamentos doutrinários relevantes, com a finalidade alçada em razão da análise e carência de um dispositivo específico, tal crime já vem sendo imputado por analogia, como pode observar nos dois casos pioneiros, à saber Piauí e Minas Gerais.

Assim, denotou-se que durante o processo de pesquisa, a urgente e essencial adequação e atualização de uma legislação específica penal, no que pese em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo em que há decisões já favoráveis aos casos semelhantes.

Além disso, a proteção da liberdade sexual é inata ao ser humano, não importa em que ambiente se encontre, ela deve ser protegida, atos criminosos, mesmo que ocorram no ciberespaço, devem ser punidos por infringirem bens jurídicos sob proteção penal. Por exemplo, em casos de estupro virtual, no qual o direito de manifestar sobre o próprio templo físico é ferido a partir do momento em que a vítima tem a dignidadee violada, tendo a liberdade restringida sob constantes ameaças.

Existem brechas tanto no mundo virtual como no mundo real, e sempre haverá novas ameaças, mas mesmo que o processo legislativo demore mais do que a inovação

tecnológica, a lei deve cumprir seus deveres e salvaguardar adequadamente os interesses jurídicos da liberdade sexual.

Por fim, conclui-se que, em suma, existe a possibilidade legal de criminalizar o estupro de grupos vulneráveis sem contato físico, o que trará proteção jurídica a toda a sociedade, especialmente às vítimas, mas não causará danos pessoais do agente transgressor. A integridade dos agentes criminosos, sendo que ambos serão preservados por sua dignidade pessoal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 288374 (AM 2014/0029828-0-)**. Rel. e Voto. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25121745/habeascorpus-hc-288374-am-2014-0029828-0-stj/relatorio-e-voto-25121747>. Acesso em 23 de junho de 2020.

COPOBIANCO. Rodrigo Julio; SANTOS. **Série Resumo: direito penal**, São Paulo, 2014.

FERENDUM, **Enquete: Possibilidade de imputar como crime a prática de estupro de vulnerável sem contato físico em benefício da sociedade**, 2017.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto dos Crimes Sexuais**. Revista Jurídica Consulex. V. 13, 2009.

GUIMARÃES. Deocleciano Torrieri, **Dicionário Universitário Jurídico**: São Paulo, 2013.

MASSON. Cleber Rogério, **Direito Penal Esquematizado**, São Paulo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: ed. São Paulo, 2014

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: PROCESSO ADMINISTRATIVO

GABRIEL DA SILVA THOMAZ:

Graduando do Curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus –
ULBRA.

RESUMO: o presente artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade administrativa ambiental, com foco no processo administrativo ambiental. Vale ressaltar que a responsabilidade ambiental pode ser caracterizada em três esferas distintas, sendo ela: a civil, a administrativa e a penal. Mas antes precisamos diferenciar a responsabilidade administrativa objetiva da subjetiva, pretendo, ainda, analisar duas temáticas polêmicas abrangidas na problemática, sendo elas: o processo administrativo e como ocorre a autuação do processo administrativo.

Palavras-chave: Responsabilidade administrativa, dano ambiental, processo administrativa, autuação.

ABSTRACT: this article aims to analyze environmental administrative responsibility, focusing on the environmental administrative process. It is worth mentioning that environmental responsibility can be characterized in three different spheres, being it: civil, administrative and criminal. But before you differentiate the objective administrative responsibility to use, you also intend to analyze two controversial policies covered in the issue, namely: the administrative process and how the administrative process occurs.

Keywords: Administrative liability, environmental damage, administrative process, assessment.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade administrativa ambiental ainda é uma matéria que gera questionamentos, controvérsias e, por vezes, uma certa confusão no seu entendimento, principalmente no que tange ao processo administrativo ambiental.

Acontece que o Direito Ambiental há uma interdisciplinaridade exige conhecimentos reunindo diversas áreas do Direito (Administrativo, Constitucional, Urbanístico, Civil, Penal e outras), mas isso não é tudo, o direito ambiental envolve também áreas que são estranhas ao mesmo, como: engenharia, agronomia, etc. Esta interdisciplinaridade é o motivo pelo qual existe uma certa dificuldade em diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade administrativa por danos ambientais.

Com a publicação da Carta Magna, chamada de Constituição Federal em 1988, surgiu-se uma nova história no ordenamento jurídico brasileiro. Desde então, os direitos e garantias fundamentais, que andavam reprimidos pelo período da ditadura militar, obtiveram destaque e conquistaram maior importância.

No Brasil, quando a Constituição de 1988 foi promulgada, o meio ambiente passou a ser considerado propriedade nacional e, conseqüentemente, os problemas ambientais foram também transformados em urna questão nacional. É interessante lembrar que muitos dos artigos conceitos dos tempos de Colônia persistem até os nossos dias e foram incorporados à Carta Magna. Seu art. 225 §3º, por exemplo, é um deles, diz o referido artigo:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar, através do uso e pesquisa bibliográfica, bem como pesquisa documental, em seu primeiro tópico analisaremos acerca da responsabilidade administrativa ambiental, no contexto do direito ambiental brasileiro, assim como a Responsabilidade do Estado por danos ambientais. Já no segundo capítulo trata acerca da responsabilidade objetiva e subjetiva, como também princípios da responsabilidade subjetiva no direito administrativo e os meios repressivos do direito Administrativo. Por fim, e não menos importante, o presente trabalho aborda sobre o processo administrativo, explicando como inicia-se a autuação do processo administrativo ambiental, e a defesa perante a administração.

2. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO AMBIENTAL

2.1 Da Responsabilidade administrativa no Direito Ambiental Brasileiro

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é fruto da evolução dos direitos e seu conteúdo o identifica como um direito fundamental da pessoa.

Essa normatividade que se forma e se desenvolve em torno do fenômeno ambiental já tem merecido a atenção de doutrinadores que compreendem um trabalho de sua sistematização e de busca de soluções possíveis para os diversos problemas que se

apresentam, mas ainda não se fez uma teoria do Direito Ambiental nem o faremos nós aqui.

Talvez seja ainda cedo para se discutir sobre sua autonomia, dada a natureza específica do seu objeto – ordenação da qualidade do meio ambiente com vistas a uma boa qualidade de vida – que não se confunde nem mesmo se assemelha com o objeto de outros ramos do Direito. Tem conotações íntimas com o Direito Público, mas, para ser considerado tal, talvez lhe falte um elemento essencial: seu objeto não é pertinente a uma entidade pública, ainda que seja de interesse coletivo.

Quem sabe não seja ele um dos mais característicos ramos do nascente conceito de Direito Coletivo, ou talvez seja um novo ramo do Direito Social. O direito Ambiental surgiu como ramo do Direito Administrativo, posto que, no enfoque ambiental o Direito Administrativo atuou como regulador das atividades exercidas pelo administrado, verificando sua legalidade, enquanto que o Direito Ambiental passa a dar ênfase ao resultado dessa atividade.

Diante da constante adaptação da regra de proteção e da escala de importância do bem jurídico (meio ambiente), a matéria ambiental afastou-se assim, do Direito Administrativo, compondo matéria própria.

Um sistema de normas jurídicas que, estabelecendo limitações ao direito de propriedade e ao direito de exploração econômica dos recursos da natureza, objetivam a preservação do meio ambiente com vistas à melhor qualidade da vida humana.

O Direito Ambiental (no estágio atual de sua evolução no Brasil) é um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do direito, reunidos por sua função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao meio ambiente.

A ligação do Direito Ambiental e o Direito Administrativo, principalmente no que concerne a proteção do meio ambiente, é explícita, pois o Direito Administrativo possui relevância ímpar.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre ao assunto, atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É a regra do art. 225, caput. O que se desejou foi chamar a responsabilidade não só do Estado, como também dos cidadãos.

Se for verdade que o ideal é que a coletividade tenha noção de seu relevante papel em tal atividade, verdade é também que nem todos possuem consciência da importância da questão.

Disto resulta que, na realidade, ao Poder Público é que cabe o papel principal na tutela do meio ambiente sadio. De sua ação adequada e responsável deverá resultar, inclusive, efeito pedagógico ao atuar no sentido do fortalecimento da consciência ecológica do povo.

Observa-se que, por mais que esteja expresso na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, caput, o dever do Poder Público e da coletividade em defender o meio ambiente, fica claro que, para que os cidadãos tomem consciência de seu dever, é preciso que o Poder Público reúna esforço no sentido de defender o meio ambiente sadio, para as presentes e futuras gerações, de forma que transpareça a coletividade, não só a defesa em si, mas a necessidade de mantermos o meio ambiente sadio para a consequente manutenção da própria vida, criando uma cultura de proteção que se transmita as futuras gerações.

4.2 – Responsabilidade do Estado por danos ambientais

A Administração Pública não pode criar obstáculos que impossibilitem ao administrado o direito de defesa ou mesmo de informações a seu favor junto ao órgão público. O art. 37, caput, da Carta Magna, preceitua que um dos princípios que regula a atuação da Administração Pública é o da legalidade. A Lei nº 9.784/99, no seu art. 2º, parágrafo único, inc. I e XIII, preceitua que o administrador aja conforme a Lei e o Direito, devendo a interpretação da norma administrativa ser da forma que garanta o atendimento ao cidadão. O administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da Lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei.

Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Com base nisto, todos os atos da Administração Pública deverão estar pautados dentro da legalidade, tendo uma norma que o regule, não passando os seus limites. A Lei 9.605/98, nos traz a previsão para as infrações Administrativa Ambientais e o processo Administrativo Ambiental.

Com o estudo do Direito Administrativo, do Direito Ambiental e dos Princípios do Processo Administrativo e do Direito Ambiental, pode-se observar que o Processo Administrativo Ambiental realizado com o descumprimento de tais princípios, estará eivado de vícios que acarretarão a nulidade do referido instrumento processual, trazendo prejuízos tanto a Administração Pública quanto ao administrado neste processo.

Assim, verificamos a importância do devido Processo Administrativo Ambiental, a fim de se evitar a supressão do direito de defesa do administrado e ainda para que não se prejudique a Administração Pública. A nulidade do processo administrativo acarretará a nulidade da inscrição da dívida ativa, contaminando a certidão da dívida e a consequente execução fiscal de vício insanável.

Como o objeto específico deste estudo é o Processo Administrativo Ambiental, procuramos estudá-lo, onde observamos que se trata de um processo complexo devido o bem tutelado ser genérico e principalmente por não ter uma legislação específica sobre o assunto, principalmente na esfera estadual.

No entanto, observa-se que a aplicação do Processo Administrativo Ambiental é uma excelente arma na proteção e recuperação do meio ambiente, por terem os legisladores propostos a conversão da multa administrativa em recuperação do dano ambiental. Possibilitando assim, que além da repreensão do infrator o dano ambiental seja recuperado, diante da aplicação do Termo de Compromisso com vistas a recuperação do dano ambiental apurado ao início do Processo Administrativo Ambiental.

Tornando-se uma excelente proposta do Estado em pôr em prática o exposto no art. 225, caput da Constituição Federal/88. Quando ao dever do Estado em defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações e assim proporcionando a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Processo Administrativo Ambiental possui ainda o lado educativo, pois a aplicação de sanção administrativa ao infrator ambiental, demonstra a ele e a todos os outros da consequência da infração ambiental, além de servir para a orientação e recuperação do dano ambiental.

Ainda dentro do Processo Administrativo Ambiental, observa-se que para a aplicação de sanções a autoridade ambiental deverá fundamentar sua decisão, posto que a omissão quanto a dados ou argumentos apresentados pelo infrator em defesa prévia será considerado a quebra do princípio constitucional da ampla defesa, assim sendo o Processo Administrativo Ambiental passível de nulidade.

Outro ponto quanto as sanções é que a advertência é uma delas, e por conseguinte deverá ser aplicada ao final do Processo Administrativo Ambiental, não devendo ser confundida com a advertência verbal que os agentes ambientais aplicam quando se deparam com infrações ambientais.

3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

3.1 – Princípios da responsabilidade subjetiva no direito administrativo

Os institutos jurídicos que possibilitam a atividade público-administrativa de proteção ao meio-ambiente. O II Plano Nacional de Desenvolvimento alinhou os instrumentos jurídico-preventivos de proteção ambiental, que atuam por meio de fixação de políticas específicas, em três âmbitos:

- a) política de meio ambiente na área urbana, para evitar a ação poluidora no ar e na água;
- b) política de preservação dos recursos naturais do País, utilizando corretamente o potencial de ar, água, solo, subsolo, flora e fauna;
- c) política de defesa e proteção da saúde humana. Nessa tripartição, salientou a "significação das políticas de uso do solo, urbano e rural, dentro de zoneamento racional, e de reflorestamento, a serviço dos objetivos de desenvolvimento e defesa do meio ambiente".

A obrigação de reparar o dano é a consequência do ato ilícito, entretanto, esta obrigação pode advir da violação de um direito, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, gerando para aquele que degrada o meio ambiente a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente (Art. 225 da Constituição Federal).

Assim dispõe o artigo 187 do Código Civil: "também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Desta forma, o exercício irregular do direito é um ato abusivo que por sua vez é uma conduta lícita, mas desconforme, por desvio da finalidade socioeconômica ou por violar aquilo preconizado na norma jurídica ou pelos bons costumes.

3.2 – Os meios repressivos do direito Administrativo

Existem dois tipos de meios repressivos são eles: os administrativos, consistentes, e os, judiciais, consistentes.

Os meios repressivos administrativos consistentes, existe algumas regras, sendo elas que: no estabelecimento de medidas de emergência no caso de risco de vida; em determinar a suspensão da atividade poluidora nos períodos críticos; desapropriações; na aplicação de penalidades: advertência, multas, interdição temporária ou definitiva da atividade danosa ao meio ambiente, à preservação florestal etc.

Já os meios repressivos judiciais consistentes, divide-se em penais, que são consubstanciadas apenas no art. 271 do Código Penal, que define o crime de corrupção ou poluição de água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde, o que, pelo visto, é de estreita aplicação e quase sem nenhuma eficácia, e já discutido art. 42 da Lei de Contravenções Penais, que pune a perturbação do sossego alheio por meio de poluição sonora; e, civis, que mediante ações de perdas e danos e m geral, ação cominatória, ação de nunciação de obra nova e, especialmente, de ação popular, cabível nos termos do art. 153, § 31, da Constituição Federal e do art. 19, § 19, da Lei 4.717, de 29.6.1965, para anular atos, comissivos ou omissivos, do poder público, passivos ao patrimônio artístico, estético, histórico e turístico (SILVA, 1981, p. 478).

Entre tais instrumentos, ademais, o tombamento merece menção específica, por tratar-se do instituto jurídico-administrativo que melhor protege, na maioria dos casos, o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e arqueológico.

4. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS

É necessário fazer a distinção dos termos processo e procedimento, mesmo esses termos sendo usados no mesmo sentido. De acordo com Master Juris (2019, online) "Processo é o instrumento para se conseguir a prestação jurisdicional, com uma sucessão de atos processuais específicos. Já procedimento é o modo pelo qual esses atos processuais devem ser cumpridos, ou seja, qual rito seguirão".

Ainda na diferenciação Theodoro Junior (2010, p. 26), preleciona que "Processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem". Já para Lazaro Guimarães (2016, p. 95), dispõe que "o processo é vínculo entre partes e o juiz, ordenado para que se efetive a jurisdição".

Desta forma, de acordo com Marília Lourido dos Santos (2017, p. 85) preleciona que "[...] o processo é um mecanismo de garantia, por isso sua noção é essencialmente teleológica, vinculada ao fim de todas as funções estatais, que é o interesse público".

O processo administrativo ambiental é regulado pelo Decreto 6.514/08 e em âmbito federal, a partir do art. 95 em diante.

De acordo com o Decreto nº 6.514/08, dispõe sobre o processo administrativo em seu art. 95 que:

Art. 95. O processo será orientado pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, bem como pelos critérios mencionados no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Sendo assim, no processo administrativo ambiental deverá ser respeitado os princípios básicos do direito administrativo. O processo administrativo orienta-se pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência e pelos critérios expressos no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal (MELO, 2017, p.476).

No procedimento administrativo sancionador observam-se duas fases: a fase apuratória e a fase executiva, no próximo tópico veremos de forma breve cada uma delas.

4.1 Fase Apuratória e Executiva

Como já foi retro mencionado, no processo administrativo ambiental existe duas fases, sendo elas: a fase apuratória e executiva.

Sendo assim, a fase apuratória no processo administrativo possui um prazo prescricional de cinco anos para verificar a prática da infração, a contar da data da lavratura do auto de infração. Depende também do cumprimento do lapso “prazal trienal”, de acordo com Franco (2012, p. 5) informa que esse prazo “ocasiona a ocorrência da prescrição intercorrente, consistente na paralisação do processo por mais de três anos, sem que tenha havido qualquer movimentação processual imputável à administração”.

É importante destacar que a legislação prevê a hipótese de suspensão desse prazo prescricional para a apuração da infração, essas hipóteses estão elencadas no Decreto nº 6514/2008, como também consignada na Lei nº 9873/1999, após alteração impressa pela Lei nº 11.941/2009.

No entanto, no percurso da fase apuratório, ou seja, apurado que de fato houve todas as infrações descritas na Lei nº 6.514/2008, inicia-se o auto de infração, ou seja, autuação do processo administrativa, contudo, me resguardo de adentrar neste mérito, visto que o presente tema será abordado no tópico 4.2. Feito tais preliminares, inicia nada menos que a fase executória, que é a fase onde o agente causador do dano ao ser condenado pela prática criminosa ambiental, será feito a aplicabilidade das sanções, como

multas e etc... é importante destacar, que nesta fase cessou os parâmetros de defesa, onde a oportunidade de oferecer defesa, produzir provas e recorrer, é na fase apuratória.

De acordo com Franco (2012, p. 6) “caso tenha-se esgotado a interposição de recurso, o autuado será intimado a pagar a dívida no prazo de 5 dias, momento em que lhe será concedido desconto de 30% sobre o valor da multa”. Contudo, caso não efetue o pagamento neste prazo, o débito será inscrito no CADIN. Conforme o art. 160 da IN 14, “para que se faça a inclusão no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal, o processo deverá ser remetido à unidade administrativa de jurisdição do domicílio do autuado” (FRANCO, 2012, p. 6).

De acordo com a Lei nº 9.873/1999, art. 1º, dispõe que “com a constituição definitiva do crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, restará submetida a administração ao prazo de 05 anos para a interposição de ação de execução fiscal, relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor” (FRANCO, 2012, p. 6).

Sendo assim, passados 5 anos após aplicação da multa na fase apuratória, sem que tenha havido qualquer causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional, dar-se a prescrição da pretensão executória. No entanto, para que tudo isso relatado ocorra, é muito importante que tenha a fase apuratória e início da autuação, no próximo tópico falaremos um pouco sobre este método.

4.2. Da Autuação

Acontece que o Estado possui também a função de polícia ambiental e que por meio de seus órgãos próprios. Com o surgimento da Constituição Federal 1988, dividem-se, em União Federal, Estados, Distrito Federal e, ainda, os Municípios. De acordo com Soares (2012, p. 56) “Os múltiplos órgãos encarregados, hoje, de tais atribuições, têm o poder-dever de, tomando conhecimento da prática ilegal, iniciar procedimento administrativo destinado a impor uma sanção. O ato administrativo que se presta a tal fim denomina-se auto de infração”.

De acordo com Orlando Fida (2010, p. 6) de acordo com o autor, no que tange ao conceito “auto de Infração é a peça em que o agente fiscal descreve em detalhes a infração cometida pelo contribuinte e momento que é finalizada, e a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de convicção da falta, e alcançara todas as infrações e infratores, prevenindo, destarte, a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer”.

Sendo assim, o Auto de Infração Ambiental (AIA) é o procedimento administrativo destinado à apuração e correção de toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

O Auto de Infração Ambiental é lavrado pela Polícia Militar Ambiental a partir da constatação de qualquer irregularidade e registra todas as informações referentes à infração ambiental identificada. O autuado tomará ciência do AIA: pessoalmente ou por seu representante legal; por carta registrada, com aviso de recebimento (AR); ou por publicação no Diário Oficial do Estado.

O auto de infração, portanto, dá início ao procedimento administrativo destinado a apurar a violação da norma ambiental. De regra, é lavrado de ofício pela autoridade administrativa ou agente encarregado da fiscalização. Contudo, poderá basear-se em representação de terceiros ou mesmo de autoridade públicas, hipótese em que, antes de sua lavratura, far-se-á uma apuração previa.

Conforme dispõe o art. 96 da Lei nº 6.514/2008, alude que:

Art. 96. Constatada a ocorrência de infração administrativa ambiental, será lavrado auto de infração, do qual deverá ser dado ciência ao autuado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Ou seja, ao ser verificado uma infração administrativa ambiental, de imediato será lavrado o auto de infração, no qual o autuado também de imediato deverá tomar ciência e a ele é dado a ampla defesa e o contraditório. O art. 96, § 3º, dispõe que §3º “Nos casos de evasão ou ausência do responsável pela infração administrativa, e inexistindo preposto identificado, o agente autuante aplicará o disposto no §1º, encaminhando o auto de infração por via postal com aviso de recebimento ou outro meio válido que assegure a sua ciência”. Vale ressaltar que órgão ambiental certificará o ocorrido na presença de duas testemunhas.

De acordo com Melo (2019, p. 477) “Com o recebimento do auto de infração, a unidade administrativa responsável fará a autuação processual no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, contados do seu recebimento”. Existem dois tipos de vícios na autuação, podendo ser sanáveis ou insanáveis. O vício sanável, poderá chama-lo de ofício, através de despacho saneador, após pronunciamento da Procuradoria-Geral Federal, de acordo com o art. 99, caput, do Decreto nº 6.514/2008:

Art. 99. O auto de infração que apresentar vício sanável poderá, a qualquer tempo, ser convalidado de ofício pela autoridade julgadora, mediante despacho saneador, após o pronunciamento do órgão da

Procuradoria-Geral Federal que atua junto à respectiva unidade administrativa da entidade responsável pela autuação.

Parágrafo único. Constatado o vício sanável, sob alegação do autuado, o procedimento será anulado a partir da fase processual em que o vício foi produzido, reabrindo-se novo prazo para defesa, aproveitando-se os atos regularmente produzidos (PLANALTO, 2020).

No que tange por vício insanável “aquele que implica a modificação do fato descrito no auto de infração” (MELO, 2017, p. 477), o art. 100, § 1º dispõe que:

Art. 100. O auto de infração que apresentar vício insanável deverá ser declarado nulo pela autoridade julgadora competente, que determinará o arquivamento do processo, após o pronunciamento do órgão da Procuradoria-Geral Federal que atua junto à respectiva unidade administrativa da entidade responsável pela autuação.

§1º. Para os efeitos do caput, considera-se vício insanável aquele em que a correção da autuação implica modificação do fato descrito no auto de infração.

Sendo assim, o auto de infração que for considerado com vício insanável será considerado nulo pela autoridade julgadora que sentenciará o arquivamento do processo.

Ainda sobre os vícios insanável o art. 100, §3º dispõe que:

§ 3º. O erro no enquadramento legal da infração não implica vício insanável, podendo ser alterado pela autoridade julgadora mediante decisão fundamentada que retifique o auto de infração.

Portanto, não pode ser convalidado, demandando a lavratura de novo auto de infração. É importante que fique claro que eventual erro no enquadramento legal da infração não implica vício insanável, podendo ser alterado pela autoridade julgadora mediante decisão fundamentada que retifique o auto de infração.

Sendo assim, a autuação é o ato administrativo de iniciação do Processo Administrativo Ambiental, cabendo enfatizar o que “em qualquer hipótese, a peça instauradora recebe autuação para o processamento regular pela autoridade ou comissão processante”.

O Processo Administrativo Ambiental compreende a reunião ordenada e cronológica das peças processuais que o integram, coberto por uma capa que contenha informações relativas a infração ambiental cometida, autuado, nome do órgão atuante, data e local.

Sendo a capa do processo a folha inicial, devendo a numeração das demais folhas suceder-lhe. A sua tramitação pelos órgãos públicos precisa ser anotada e a juntada de documentos deve ser comprovada, através de termo de juntada, sendo anotado no processo.

Neste sentido o parágrafo 1º, do art. 105, do Decreto Estadual nº 14.250/80, determina que "capeado e registrado o processo, deverão ser numeradas e rubricadas todas as folhas que o constituem".

4.2. Da defesa no processo administrativo ambiental

O prazo inicial para oferecer defesa ou impugnação contará da data da ciência (do interessado) da autuação, conforme expresso no art. 71, inciso I. Mas no entanto, a Lei n.º 9.605/98 silenciou quanto ao procedimento que deve o administrador seguir para implementar o comando legal.

Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II - trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação;

III - vinte dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, ou à Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação;

IV - cinco dias para o pagamento de multa, contados da data do recebimento da notificação.

Segundo Melo (2017, p. 477) "A defesa do autuado deverá conter os fatos e fundamentos jurídicos que contrariem o disposto no auto de infração, com especificação das provas que o autuado pretende produzir a seu favor, devidamente justificadas". De acordo com o art. 115 do Decreto nº 6.514/2008, predispõe que:

Art. 115. A defesa será formulada por escrito e deverá conter os fatos e fundamentos jurídicos que contrariem o disposto no auto de infração e termos que o acompanham, bem como a especificação das provas que o autuado pretende produzir a seu favor, devidamente justificadas.

Parágrafo único. Requerimentos formulados fora do prazo de defesa não serão conhecidos, podendo ser desentranhados dos autos conforme decisão da autoridade ambiental competente.

Sendo assim, documentos que sejam estranhos ao processo, podendo ser tirados dos autos de acordo com decisão da autoridade ambiental competente.

É importante frisar que conforme os princípios do processo administrativo, a defesa é uma garantia constitucional de todo acusado, em processo judicial ou administrativo, expresso no art. 5º, inc. LV, da Carta Magna.

Fica claro o direito de defesa do acusado, onde este dentro do prazo estabelecido por lei, poderá através dos meios a ele inerentes, apresentar sua inocência, onde a administração pública não poderá furta-se a restringir este direito de defesa, sob pena de nulidade do processo administrativo ambiental, por infringir o princípio do devido processo legal.

Sendo assim, os recursos administrativos são uma das garantias do Estado Democrático e constitui em direito de todos os administrados atingidos por ato administrativo. Destacamos que "recurso administrativo, em acepção ampla, são todos os meios hábeis a propiciar o reexame de decisão interna pela própria Administração" (FREITAS, 2016, p. 126).

No tocante ao Processo Administrativo Ambiental, entendemos Administração, como sendo os órgãos integrantes do SISNAMA. Assim os recursos apresentados a decisões das autoridades ambientais, serão dirigidos ao órgão superior, dentro deste sistema.

Insta salientar, que é possível a representação por advogado ou procurador, com prazo de até 10 (dez) dias para a juntada do instrumento correspondente, de acordo com o art. 116 do Decreto nº 6.514/2008, vejamos:

Art. 116. O autuado poderá ser representado por advogado ou procurador legalmente constituído, devendo, para tanto, anexar à defesa o respectivo instrumento de procuração.

Parágrafo único. O atuado poderá requerer prazo de até dez dias para a juntada do instrumento a que se refere o caput.

O artigo 117 do Decreto nº 6.514/2008, estabelece que a defesa não serpa conhecida nas seguintes hipóteses:

Art. 117. A defesa não será conhecida quando apresentada:

I - Fora do prazo;

II - Por quem não seja legitimado; ou

III - Perante órgão ou entidade ambiental incompetente.

Sendo assim, o atuado deverá seguir todos os requisitos para que faça resguardar o direito à ampla defesa e o contraditório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos a importância do devido Processo Administrativo Ambiental, a fim de se evitar a supressão do direito de defesa do administrado e ainda para que não se prejudique a Administração Pública, pois a nulidade do processo administrativo ambiental poderá ocorrer por dois motivos, por vício sanável ou vício insanável.

No contexto nacional, por sua vez, tem-se que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) foi o grande marco na regulação e implementação de políticas públicas ambientais, instituindo, além de princípios e objetivos, os instrumentos necessários para atendê-los.

A Constituição Federal de 1988, de outro lado, teve um papel primordial na ratificação da importância do cuidado com o meio ambiente, ao dar a este um tratamento específico e abrangente, e ao incluir, também, a previsão de mecanismos aptos a buscar a concretização do novo ideal de desenvolvimento.

No que tange ao processo administrativo ambiental, verificado a infração ambiental, é lavrado o auto de infração, assim abrirá prazo para a defesa, garantindo a ampla defesa e o contraditório, e assim ter o devido julgamento. O Processo Administrativo Ambiental possui ainda o lado educativo, pois a aplicação de sanção administrativa ao infrator ambiental, demonstra a ele e a todos os outros da consequência da infração ambiental, além de servir para a orientação e recuperação do dano ambiental.

6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 10.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1988.

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**. Diário Oficial da União. 13 fev. 1998, retificado em 17 fev. 1998.

BRASIL. DECRETO Nº 6.514, DE 22 DE JULHO DE 2008. **Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências**.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Introdução ao Direito Ambiental brasileiro**. **Revista de Direito Ambiental**, 1999, n.º 14, p. 50/52 _____. Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão. RT, 1993. v.2.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito penal: parte geral**. Vol. 1,6º ed. rev. atual. São Paulo, ed. Saraiva, 2000.

BUARQUE, S. **Desenvolvimento sustentável**. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1996. 39 p.

CAVALCANTI, C. **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. São Paulo, Cortez Editora, 1995. 429 p.

CUNHA, S.B.; GUERRA A.J.T. **A questão ambiental: diferentes abordagens**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2003, 248p.

FREITAS, V.P. de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2001. p.17.

SILVA, José Afonso da, **Direito Urbanístico Brasileiro**, São Paulo, 1981.

MACHADO, **Paulo Affonso Leme**, 2016, 25ª Edição, Malheiros.

MILARÉ, Edis, **Direito do Ambiente**, 2015, 10ª Edição, Revista do Tribunais.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves, **Difusos e Coletivos Direito Ambiental Elementos do Direito**, V. 15, Revista dos Tribunais.

Oliveira, Fabiano Melo Gonçalves de **Direito ambiental** / Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REGIÃO CANAVIEIRA DE ALAGOAS

THALLES GOMES CAMELLO DA COSTA:

Mestre em Meios e Processos Audiovisuais pela Escola de Comunicação e Artes da USP. Mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Advogado.¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é refletir sobre os desafios a serem superados para garantir a efetivação dos instrumentos de soberania e participação popular nos entes e órgãos administrativos da região canavieira de Alagoas, de modo a consolidar o Estado Democrático de Direito como regulador das relações sociais e vetor do desenvolvimento pautado na dignidade humana.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Participação popular. Soberania. Região Canavieira. Alagoas.

Abstract: The purpose of this article is to reflect on the challenges to be overcome to ensure the effectiveness of instruments of sovereignty and popular participation in administrative entities in the sugarcane region of Alagoas, in order to consolidate the Democratic State of Law as a regulator of social and vector of development based on human dignity.

Keywords: Democratic rule of law. Popular participation. Sovereignty. Sugarcane Region. Alagoas.

A região canavieira de Alagoas abarca 53 dos 102 municípios do estado, incluindo sua capital, compreendendo uma população de cerca de dois milhões de habitantes e uma área equivalente a pouco mais de treze mil quilômetros quadrados. Excluindo as cidades que integram a Grande Maceió, a região canavieira é composta em sua maioria por municípios com população não superior a 20 mil habitantes, Índice de Desenvolvimento Humano abaixo da média estadual, que já é a pior do Brasil, renda per capita não superior a R\$ 300,00 e cujas receitas públicas dependem quase que exclusivamente das

¹ Mestre em Meios e Processos Audiovisuais pela Escola de Comunicação e Artes da USP. Mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Advogado.

transferências de recursos da União e do Estado. Em muitos deles, as plantações de cana ocupam mais de 40% de seu território, podendo chegar a 80%².

Os desafios da administração pública na região canavieira alagoana não são pontos fora da curva entre os pequenos municípios brasileiros, imensa maioria dentre os entes públicos no país, na árdua tarefa de garantir o pleno acesso à democracia e a prestação de serviços públicos de qualidade à população, transformando em realidade uma linguagem técnica do Direito construída, muitas vezes, desde a perspectiva das grandes metrópoles, sem levar em consideração as características socioeconômicas e as fontes materiais do Brasil profundo.

Mas, no universo cultural dos canaviais, há um ingrediente peculiar que exige atenção redobrada. Para entendê-lo, faz-se necessário uma breve digressão histórica.

Registros indicam que a primeira remessa de açúcar do Brasil colônia para Portugal se deu no ano de 1526, a partir da feitoria de Itamaracá, localizada no atual território do estado de Pernambuco. Essa mesma feitoria foi o destino dos dez primeiros escravos africanos a chegarem ao Brasil, trazidos por Diogo Leite naquele mesmo ano, a fim de se dedicarem a trabalhos agrícolas. Surgia aí o inextricável vínculo que uniria, por todo o decorrer da história colonial brasileira, a cana-de-açúcar e o trabalho escravo.

Contudo, após quatro séculos de simbiose, no advento do século XIX, o preço do escravo se tornou cada vez maior, influenciado pelas restrições ao tráfico na Europa. Somando-se isso à venda de grande parte da população escrava para os emergentes cafezais da região sul do país, o número de escravos caiu drasticamente na zona canavieira nordestina. Para reverter tal situação, os proprietários começaram a facilitar o estabelecimento de moradores nas suas terras.

Esses moradores eram constituídos em sua origem de índios civilizados, mulatos e negros livres. Em troca de proteção e de um pequeno pedaço de terra, os proprietários exigiam que cultivassem lavouras de subsistência e que lhe pagassem um pequeno aluguel anual. Além disso, na época de maior trabalho nos engenhos, esses moradores costumavam dar ao proprietário alguns dias de trabalho por semana, às vezes gratuita, às vezes em troca de ínfimos salários: era a *condição* ou *cambão*. Além dessas *condições*, os proprietários, como forma de reter os moradores, emprestavam determinada quantia a estes, só permitindo que os devedores deixassem a sua propriedade quando o débito fosse quitado.

² ALAGOAS, *Diversificação Produtiva como Alternativa para a área Canavieira de Alagoas*. Maceió: SEPLAG, 2017; e *Anuário Estatístico do Estado de Alagoas*. Ano 24. v. 24. Maceió: SEPLAG, 2018.

Tal fenômeno social, conhecido como “sistema de morada”, fortaleceu-se no fim do século XIX após o fim da escravidão, tornando-se nas décadas seguintes elemento fundamental para a continuidade do modelo de produção açucareira ao longo do século XX. Por conta de sua centralidade, vale reproduzir algumas análises científicas oriundas da sociologia e antropologia sobre esse sistema³.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que, a partir do século XX, “tornar-se morador significava se ligar ao senhor do domínio de uma maneira muito específica, numa relação que supunha residência e trabalho simultaneamente”⁴. Havia forte significado simbólico em se pedir uma morada ao invés de trabalho. Solicitar morada era reconhecer não ter outra escolha melhor, não ter para onde ir. Sem meios de organizar sua existência social, o trabalhador “vinha pedir ao senhor que os fornecesse, ou mesmo que a organizasse para si. Caíam assim sob a estreita dependência do senhor”⁵.

Surge, então, mais que uma relação de trabalho, uma “dívida moral”, uma “forma específica de dominação”⁶ que gravitava entre a gratidão e a submissão. Isso porque, “o simples fato de ser o próprio trabalhador quem pedia casa de morada fazia com que, no próprio ato de ser constituído morador, contraísse uma dívida moral, um reconhecimento para com o senhor de engenho que lhe concedia, por esse mesmo ato, uma casa e trabalho”⁷.

A morada e as vantagens dela advindas (roçado, criação de animais, festas comunitárias) eram consideradas como um “dom” recebido, uma benevolência dos grandes proprietários. No entanto, por essa característica de favor, havia sempre uma incerteza velada quanto à permanência das “vantagens” materiais e simbólicas, que poderiam “ser reduzidas a zero por meio de uma decisão unilateral do senhor”⁸.

³ Para uma visão mais ampla e profunda sobre esse resgate histórico, recomenda-se o trabalho de Lúcio Verçoza em sua recente obra *Os homens-cangurus dos canaviais alagoanos: um estudo sobre trabalho e saúde*. Maceió: Edufal, 2018.

⁴ GARCIA, Afrânio. *Sujeitos e Libertos: sobre a transição para trabalhadores livres do nordeste*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 7, v.3, p.05-41, 1988, p.9.

⁵ GARCIA, *idem*.

⁶ PALMEIRA, Moacir. *Casa e trabalho: notas sobre as relações sociais na plantation tradicional*. Contraponto, v. 2, n. 2, p. 103-114, nov. 1977, p. 113.

⁷ HEREDIA, Beatriz Alasia de. *Formas de dominação e espaço social: A modernização da agroindústria canieira em Alagoas*. São Paulo: Marco Zero; Brasília, DF: MCT/CNPq, 1988, p. 118.

⁸ GARCIA, 1988, p. 15.

Diversas foram as tentativas de romper esse circuito fechado de dominação ao longo da século XX, principalmente a partir da segunda metade do década de 1950, com o surgimento das Ligas Camponesas, o fortalecimento dos sindicatos dos trabalhadores rurais e a aprovação, em 1963, do Estatuto do Trabalhador Rural, que estendia alguns importantes direitos dos trabalhadores urbanos para os trabalhadores rurais, como salário mínimo, 13º salário, férias anuais pagas e aviso prévio, além de prever, em caso de conflito, a mediação da Justiça trabalhista.

Essa intermediação de instrumentos do Estado Democrático de Direito, como no caso da atuação do Poder Judiciário na solução dos conflitos trabalhistas, representou um abalo sísmico na lógica do favor e da subserviência na zona canavieira, justamente porque tinha um “efeito simbólico preciso: colocava no mesmo plano a palavra do morador e do senhor e materializava a existência de um poder acima do senhor”⁹.

Os sindicatos rurais e o Estatuto do Trabalhador Rural se transformaram em um ponto de ruptura entre duas épocas, ao subverterem por completo as relações tradicionalmente estabelecidas¹⁰. Entender como isso se deu é relevante para se compreender o papel do direito e da moral na conformação das relações sociais e da vida pública na região canavieira.

Em estudo antropológico com o sugestivo título de *Armadilhas da honra*¹¹, Lygia Sigaud relembra que, desde o início dos anos 50, estava em curso uma drástica mudança nas regras do sistema de morada. Isso porque, com a crise econômica que se espalhou no setor sucroalcooleiro, os grandes proprietários de terra começaram a buscar meios alternativos de aumentar os ganhos de produtividade com a expansão da área de cultivo da cana. Para isso, não só retiraram dos moradores o usufruto das terras da morada, como passaram a modificar as formas de remuneração do trabalho feito, reduzindo os valores pagos pela cana cortada. Com isso, passaram a negligenciar as obrigações morais de protetores e doadores, pilar do sistema de morada. Essa quebra unilateral das regras do jogo criou “possibilidade da ruptura de outras regras que os moradores aceitavam como parte da ordem natural das coisas, notadamente aquelas que os obrigavam a serem leais a seus patrões e a não questionarem sua autoridade”¹².

⁹ GARCIA, *idem*.

¹⁰ PALMEIRA, Moacir. *Desmobilização e conflito: relações entre trabalhadores e patrões na agroindústria pernambucana*. Revista de Cultura e Política, vol. 1, nº 1, pp. 41-55, ago. 1979.

¹¹ SIGAUD, Lygia. *Armadilhas da honra e do perdão: usos sociais do direito na mata pernambucana*. Mana. Estudos de Antropologia Social, v. 10, n. 1, p. 131-163, abr. 2004.

¹² SIGAUD, 2004, p. 136.

Esse contexto irá influenciar a organização dos trabalhadores rurais, seja por meio da formação de ligas, associações e sindicatos, que pressionará cada vez mais a regulamentação das relações de trabalho no campo. Fruto dessa pressão, o Congresso Nacional aprovará, em 1963, o Estatuto do Trabalhador Rural, que regulamenta as obrigações dos empregadores rurais e prevê, em casos de conflito, a mediação da Justiça trabalhista.

O texto da nova lei tornou-se verdadeiro objeto de luta política. Sindicatos passaram a promover greves e manifestações pelo pagamento dos novos direitos e apoiaram os primeiros processos judiciais de moradores contra as violações dos direitos trabalhistas. Cortadores de cana que nunca tinham recorrido à Justiça contra seus patrões começaram a fazê-lo. Não por outro motivo, nesse período, em Pernambuco, durante a gestão do governador Miguel Arraes, foi firmado o primeiro contrato coletivo de trabalho da região canavieira entre representantes sindicais e proprietário de terra, que estabelecia, dentre outras cláusulas, uma tabela pré-definida dos preços e dimensões das tarefas agrícolas, razão principal dos conflitos nos engenhos de cana, uma vez que eram os patrões os impunham e modificavam arbitrariamente.

Como alerta Sigaud, seria incorreto, e até leviano, computar a introdução do direito como regulador das relações sociais na região canavieira como efeito direto da promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural, como se os direitos sociais dos trabalhadores passassem a ser respeitados apenas porque a lei assim o exigia. Claro que a existência de novas normas jurídicas e a consolidação do Poder Judiciário como instituição estatal na região contribuíram para essa mudança na ordem social. Mas elas, por si só, não teriam o condão de modificar a estrutura de poder que regia as relações sociais no mundo da cana.

Para que esses direitos sociais se tornassem efetivos, foi necessária uma ampla mobilização social, com a participação de dirigentes sindicais e lideranças comunitárias. Contudo, seria de um voluntarismo ingênuo acreditar que a organização classista dos trabalhadores teria o condão, por si só, de romper com o sistema de moradia. Nesse sentido é significativo o fato de que, nem todos os trabalhadores - a bem da verdade, nem sequer a maioria deles -, decidiu por se juntar aos sindicatos rurais ou mesmo por "colocar os patrões no pau", levando os conflitos trabalhistas para a Justiça. Por conta disso, seria mais condizente tratar a sindicalização e judicialização dos conflitos como consequência e não causa da crise do sistema de moradia¹³.

¹³ "Os indivíduos não cobram ou deixam de cobrar os direitos porque os conhecem ou ignoram, porque estes foram ou deixaram de ser violados, porque a Justiça é acessível ou deixa de sê-lo. Todos esses fatores podem ou não favorecer a cobrança de direitos, mas ela é incompreensível se se ignora que a cobrança dos direitos

A causa principal, a raiz da introdução do direito como um dos reguladores das relações sociais, se dá a partir do rompimento da tradição, da perda da proteção que os "patrões" deveriam conceder aos "moradores", base do sistema de morada. Esse abandono desobrigou, mesmo que momentaneamente, a subserviência dos trabalhadores do mundo da cana e os impeliu a buscar nos "direitos", na intermediação dos acordos coletivos e ações judiciais, uma compensação a essa ruptura unilateral da proteção¹⁴.

Fala-se em desobrigação "momentânea" porque as relações de favor e subserviência do sistema de morada persistiram e se reinventaram ao longo das últimas décadas. Se levarmos em consideração que nos municípios da zona canavieira, como os de Alagoas, as relações de poder econômico foram transpostas para o seara político, concentrando nos mãos dos proprietários de terra as funções e cargos da administração pública municipal, é possível compreender como a "coerção moral" do sistema de morada se transformou em uma "armadilha da honra" que se sobrepõe às instituições democráticas e atua como uma sombra a constranger todo exercício de soberania popular nestas cidades. Afinal, como me opor ao senhor-proprietário-prefeito-vereador, se ele me "deu" tanto?

Não seria errado afirmar, desta forma, que o sistema de morada é uma das principais chaves de interpretação para compreender o contexto social marcado pelo misto de medo, subserviência e gratidão que perdura até os dias de hoje nas cidades canavieiras alagoanas, e que se constitui como obstáculo a ser superado para a consolidação definitiva do Estado Democrático de Direito como regulador das relações sociais e vetor do desenvolvimento pautado na dignidade humana nos municípios da região.

Se a perspectiva sociológica e antropológica permitiu compreender a dimensão social dos problemas vividos no mundo da cana alagoano, é possível trazer novas luzes a essa discussão se pensarmos o sistema de morada por meio da perspectiva do Direito Fundamental à Liberdade.

Em seu clássico *Discurso da servidão voluntária*¹⁵, Etienne de La Boétie busca saber por que a pessoas obedecem, isto é, por que, na sociedade moderna que se constituía no momento de sua escrita, as pessoas ou povos ainda se permitiam renunciar

está subordinada a outras normas que regem a vida social, às coerções morais que se abatem sobre todos aqueles envolvidos em relações de troca e aos interesses que lhes estão associados". SIGAUD, Lygia. *Direito e coerção moral no mundo dos engenhos*. Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 361-388, 1996, p. 380.

¹⁴ Na virada dos anos 1980 para os anos 1990, quando nova crise eclodiu na zona canavieira, muitos trabalhadores sentiram que estavam à beira de perder tudo: não havia mais nenhuma proteção, nem da tradição nem do direito. Esta representação contribuiu para que se dispusessem a ocupar os engenhos e a começar a inventar um novo direito: o direito à terra e à reforma agrária. SIGAUD, 2004, p. 156.

¹⁵ LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 69-108.

voluntariamente à própria liberdade, submetendo-se, por livre vontade e iniciativa, às ordens e arbítrios de um agente externo, governante.

Para ele, existiriam três motivos para a servidão voluntária: o costume, a covardia e as estruturas de poder. E se a servidão é um ato de vontade, o rompimento desses grilhões também o é. Como são os próprios indivíduos e povos que se fazem dominar, bastariam o firme desejo em ter sua liberdade de volta para assim o conseguir. Em suas próprias palavras: "Sede resolutos em não servir mais e estareis livres".

Já na metade do século 20, Isaiah Berlin, em seu seminal ensaio *Dois conceitos de liberdade*¹⁶, vai trabalhar a noção da liberdade em duplo viés. O primeiro deles, chamado negativo, gira em torno da ideia da ausência de interferência externa na disposição das atividades de um indivíduo. A extensão de liberdade, em seu viés negativo, consistiria na ausência de obstáculo não simplesmente às escolhas reais dos indivíduos, mas também às escolhas potenciais – ao modo de agir de uma forma ou de outra, conforme opção de cada ser.

O sentido positivo da noção de liberdade se relacionaria com as ideias de autonomia e autodeterminação. Origina-se do desejo de cada indivíduo em ser seu próprio senhor, de modo que suas decisões dependam dele mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. A liberdade positiva, desta forma, nada mais seria que a vontade alimentada por todo ser humano de decidir por si mesmo os rumos de sua vida.

Problematizando as perspectivas de liberdade feitas por La Boétie e Berlin, seria necessário perguntar se é possível falar em uma liberdade inata, em sentido puro, natural, livre de todas as conjunturas e pressões sociais e históricas; uma ideia de liberdade individual que se aplique prévia e universalmente a todo um país ou território, sem levar em consideração recortes culturais, políticos e socioeconômicos. Em outras palavras, pergunta-se: a liberdade individual faz parte do âmago humano ou é uma construção social?

Parece-nos mais condizente com o contexto social do mundo da cana nordestino adotar o pressuposto de que a liberdade é uma construção social, onde os aspectos negativo e positivo funcionam como tese e antítese necessárias à síntese dialética da liberdade possível em cada contexto histórico. Desta forma, a efetivação do direito à liberdade passa a ser fruto do consenso provisório e em constante construção dos

¹⁶ BERLIN, Isaiah. "Dois conceitos de liberdade". In Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272.

interesses particulares de indivíduos e classes sociais em disputa num determinado tempo e lugar.

E essa síntese dialética só pode ocorrer a partir de um Estado que se abra à participação popular, à escuta ativa dos interesses conflitantes, de modo a absorver a maior quantidade e qualidade de informações para se adotar a decisão capaz de proporcionar a melhor resposta possível aos conflitos sociais e à concretização do direito à liberdade.

Neste ponto, parece-nos pertinente dialogar com as reflexões do jurista inglês Herbert L.A Hart. Em sua obra *O conceito de Direito*¹⁷, publicada nos anos iniciais da década de 1960, Hart busca construir uma compreensão do direito para além das ideias de ordem, ameaça e obediência. Para ele, não é possível reduzir o fenômeno jurídico à visão simplificadora que vê nele um meio de controle social em que as pessoas se submetem às ordens oriundas de um poder soberano por conta, exclusivamente, do medo da punição e coerção física em caso de descumprimento. Na visão de Hart, "é óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isto como uma descrição exaustiva"¹⁸.

Partindo de uma perspectiva oriunda da filosofia da linguagem comum, em que a construção do conhecimento não é fruto de um exercício artificial de purificação da linguagem ordinária, mas sim de um aprofundamento e esclarecimento de seus termos e usos cotidianos, Hart vai desenvolver o conceito de regra jurídica a partir da distinção "entre a asserção de que alguém *foi obrigado a fazer algo* e a asserção de que essa pessoa *tinha a obrigação de o fazer*"¹⁹.

Uma regra jurídica se diferenciaria tanto de hábitos regulares em uma sociedade como de condutas sociais baseadas em ameaças de castigo: não se pode confundir a obrigação oriunda daquela, por exemplo, com a obediência às ordens de um assaltante armado ou ao costume de ir semanalmente ao cinema. Para Hart, uma pessoa obedece às regras jurídicas não porque tem medo ou por mero hábito, mas, em última instância, porque acredita que aquilo é o mais correto a se fazer, porque concorda com a própria razão de existir daquelas regras, "porque se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado"²⁰.

É esse *ponto de vista interno* que explicará tanto a pressão social pelo cumprimento das regras jurídicas como o fato destas serem seguidas mesmo quando em conflito com

¹⁷ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁸ HART, 2001, p. 15.

¹⁹ HART, 2001, p. 92.

²⁰ HART, 2001, p. 97.

os interesses individuais da pessoa que as cumpre. Daí o fato de se aproximar mais à ideia de *dever*, de *ter a obrigação de fazer*. Não será por outro motivo, explicará Hart, que “dizemos que censuramos ou castigamos um homem *porque* violou a regra e não meramente que era provável que o censuraríamos ou castigaríamos”²¹.

Essa perspectiva fornece uma explicação da obrigação jurídica isoladamente, mas não de seu funcionamento em um contexto social complexo, dentro um ordenamento jurídico como um todo. Para fornecer esse panorama geral, Hart partirá de uma distinção entre obrigação e regra, ao afirmar que “as regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas desviam ou ameaçam desviar-se”²². Regras seriam, portanto, a junção entre as obrigações socialmente aceitas com a pressão social para seu cumprimento.

Essas regras podem ser ter sua origem nos próprios costumes de uma comunidade, não se exigindo um sistema central organizado de castigos contra sua violação. O controle social para o cumprimento destas regras poderia se resumir a uma reação hostil ou desaprovação generalizada. Em situações como essa, quando a pressão social é exercida por meio do apelo coletivo a sentimentos de vergonha, remorso ou culpa, seria mais correto classificar “as regras como parte da moral do grupo e a obrigação decorrente das regras como obrigação moral”²³. Por outro lado, quando a pressão social se vale de sanções físicas, mesmo quando não centralizadas em estruturas oficiais e deixadas à comunidade em geral, seria possível classificar as regras de tal tipo como uma forma primitiva ou rudimentar de direito.

Seguindo essa linha de raciocínio, Hart afirmará que uma sociedade de baixa complexidade, fixada num ambiente minimamente estável em que seus membros compartilham sentimentos, crenças e tradições comuns, poderia abrir mão de um sistema centralizado de regras e castigos oficiais. Nelas, bastaria como único meio de controle social a atitude geral do grupo em relação aos modos-padrão de comportamento. A essas regras que impõem e controlam diretamente os deveres e condutas sociais, que exigem dos membros da comunidade que ajam ou se abstenham de agir, quer queiram ou não, Hart chamará de obrigações básicas ou primárias²⁴.

²¹ HART, 2001, p. 15.

²² HART, 2001, p. 96.

²³ HART, *idem*.

²⁴ HART, 2001, p. 101.

Contudo, a partir do momento em que essa comunidade se torne mais complexa, a sustentabilidade desse tipo de sistema social começa a ruir e seus membros se deparam com, ao menos, três tipos de problema²⁵. O primeiro deles é o da incerteza. Devido à constante mudança e aumento das regras existentes, as pessoas já não sabem ao certo quais regras são válidas e obrigatórias e quais não são. O segundo é o problema do caráter estático. Em sociedades deste tipo, não há um reconhecimento de formas institucionais ou de pessoas dotadas de autoridade para adaptar as regras existentes à realidade em constante mutação, seja por meio da introdução de novas regras, seja por meio da eliminação das existentes. Consequência destes, o último problema identificado por Hart seria o da ineficácia. A incerteza e a incapacidade de adaptação das regras primárias, somadas à ausência de uma instância oficial e centralizada capaz de determinar sanções às violações, enfraqueceriam a pressão social para o cumprimento destas regras, permitindo-se cada vez mais seu descumprimento.

A superação da incerteza, inaptidão e ineficácia, avalia Hart, só seria possível se as regras primárias de obrigação fossem complementadas com outros tipos de regras que assegurassem aos membros da comunidade criar, extinguir ou modificar as regras primárias, determinando os diferentes modos de aplicação e fiscalização. Enquanto às regras do primeiro tipo imporiam deveres, as do segundo tipo atribuiriam poderes, públicos ou privados, para a criação, modificação e aplicação destes deveres. São regras instrumentais, que não regulam condutas, mas sim a forma como essas condutas serão reguladas²⁶. A essas regras complementares ou parasitas, Hart chamará regras secundárias.

Haveria, portanto, um tipo de regra secundária para cada um dos problemas identificados nas regras primárias. Contra o problema da incerteza, o remédio seria a introdução de uma "regra de reconhecimento", que institui um critério formal para decidir quando uma regra é ou não é válida e obrigatória. Ao introduzir esse método puramente formal, independente, portanto, de concordância íntima ou apreciação do mérito de seu conteúdo,²⁷ elimina-se a dúvida e se supera a incerteza quanto à validade e cumprimento dos deveres oriundos das obrigações primárias²⁸.

²⁵ HART, 2001, p. 101. Para uma melhor síntese do pensamento de Hart, indica-se o artigo *Um Sistema de Regras Primárias e Regras Secundárias: Exposição do Argumento de Hart em "O Conceito de Direito"* (2011), do professor de Teoria de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, André Luiz Souza Coelho, disponível no site <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2011/12/um-sistema-de-regras-primarias-e-regras.html>. Acesso em 29 nov. 20.

²⁶ HART, 2001, p. 91.

²⁷ COELHO, 2011.

²⁸ HART, 2001, p. 105.

Já para superar problema do caráter estático, a comunidade deveria instituir “regras de alteração”, que definiriam quem são as pessoas dotadas de autoridade e legitimidade para criar, alterar ou extinguir regras primárias, bem como o procedimento preciso que devem seguir, de modo a evitar incertezas sobre quais regras quais são as regras vigentes ou não²⁹.

O último complemento ao regime simples das regras primárias de obrigação, destinado a remediar o problema da ineficácia, seria a introdução de “regras de julgamento”, que definiriam quem são as pessoas dotadas de autoridade responsáveis por mediar os conflitos entre os membros da comunidade, identificando quando um regra primária foi ou não violada e as consequências dessa violação, autorizando, inclusive, a aplicação das sanções oficiais centralizadas do sistema³⁰.

Para Hart, e aqui vale a citação mais extensa, “a introdução de um corretivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três remédios em conjunto são sem dúvida o bastante para converter o sistema de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico”³¹. Desta feita, um sistema jurídico poderia ser conceituado como a estrutura resultante da “combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento”³², em que o hábito geral de obediência é fruto de uma aceitação compartilhada das regras, tantos pelos cidadãos comuns com pelos agentes públicos, que reconhecem os mesmos critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação³³.

Esse conceito hartiano do Direito traz, de fato, novas luzes à compreensão da concretização do fenômeno jurídico e do direito à liberdade no mundo da cana nordestino. Isso porque não nos parece de todo impossível transpor o que se identificou acima como “passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico” à crise do sistema de moradia na zona da mata canvieira dos anos 1960.

Enquanto vigorava as obrigações primárias do sistema de moradia, isto é, enquanto os proprietários, por um lado, forneciam proteção e um pedaço de terra, e os

²⁹ HART, 2001, p. 105-106.

³⁰ HART, 2001, p. 107.

³¹ HART, 2001, p. 103.

³² HART, 2001, p. 107.

³³ HART, 2001, p. 127.

trabalhadores, por outro, o fruto de seu trabalho e o respeito irrestrito às ordens do patrão, a região canavieira nordestina era, na prática, um mundo pré-jurídico, uma sociedade de baixa complexidade baseada em sentimentos, crenças e tradições comuns, que reconhecia, mas não aplicava, o sistema centralizado de regras e castigos oficiais oriundo do ordenamento jurídico brasileiro. A lei dos canaviais era a lei dos senhores de engenho.

Contudo, a partir do momento em que os grandes proprietários decidiram aumentar seus lucros por meio da expansão do cultivo da cana-de-açúcar por sobre as terras antes destinadas aos moradores, ruíram-se os alicerces da lógica de troca e favor que sustentavam as relações sociais no mundo dos canaviais. Essa quebra unilateral das regras do jogo impactará a dinâmica das regras básicas do sistema de morada, desobrigando os moradores a serem leais a seus patrões e a não questionarem sua autoridade.

Diante da incerteza sobre quais seriam as regras a serem seguidas, da inaptidão dos proprietários em adequar as regras existentes à realidade em mutação e da inexistência de uma instância imparcial que pudesse mediar os conflitos entre moradores e proprietários, foi necessário recorrer às regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, que pudesse se aceita e compartilhada por todos, proprietários e cortadores.

Adota-se, a partir daí, as premissas de um sistema jurídico constituído de regras primárias e secundárias, em que as obrigações reconhecidas como válidas e obrigatórias serão aquelas oriundas do Estatuto do Trabalhador Rural promulgado pelo Congresso Nacional e, em caso de não cumprimento, a solução não se dará mais no plano individual das trocas e favores, mas através dos acordos coletivos mediados pelas sindicatos rurais e, em última instância, através da provocação do Poder Judiciário.

Apesar de se entender possível utilizar os conceitos de Hart para explicar a relação com o Direito e o Estado que impera nas cidades canavieiras nordestinas, é sempre bom lembrar que essa transposição não pode ser feita de modo automático. Isso porque não acreditamos que houve, na região da cana alagoana, a superação por completo do mundo pré-jurídico pautado pelas obrigações morais e o uso privado da força. As relações de favor e subserviência do sistema de morada persistiram e se reinventaram ao longo das últimas décadas. A dominação econômica migrou dos canaviais para as instituições estatais, concentrando nas mãos dos mesmos coronéis o poder econômico e o político. Não seria errado dizer que a moral coronelista se apropriou dos mecanismos próprios de funcionamento das regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento. Por trás da aparência de imparcialidade do Estado Democrático de Direito, as leis, os atos administrativos e as decisões judiciais continuam submissas à influência e interesses dos antigos senhores de engenho.

Esta simbiose entre o jurídico e o pré-jurídico também pode ser compreendida

como fruto do malformado capitalismo brasileiro, que Francisco de Oliveira³⁴ equiparou ao ornitorrinco, por seus impasses e combinações esdrúxulas. A resiliência do arcaico, a permanência escamoteada do sistema de morada no mundo da cana, nada mais seria que uma faceta da modernização conservadora brasileira que, a par da crescente urbanização e industrialização das últimas décadas, não superou os vícios estruturais provenientes da antiga sociedade pré-industrial, marcada pelas relações promíscuas entre a esfera pública e a privada e na qual os grandes proprietários de terra continuam no centro do poder político.

A ideia de modernização conservadora foi cunhada por Roberto Schwarz em ensaios escritos nos anos 1960 e 70³⁵. Tendo como objeto de estudo a cultura e a literatura brasileira, mais especificadamente a obra de Machado de Assis, Schwarz acaba por refletir sobre o processo de formação do Estado brasileiro. Para ele, a trajetória nacional é marcada, desde o século XIX, por um "pitoresco estrutural", um sistema de funcionamentos anômalos em que "a comédia local das presunções de civilidade e progresso são desqualificadas pelo pé na escravidão e nas relações conexas"³⁶.

Como a independência nacional não se originou de nenhum processo de convulsão social capaz de promover alterações na estrutura de poder econômico e social do período colonial, a formação do Estado brasileiro se pautou, em grande medida, na manutenção dos benefícios das classes dominantes locais. E para manter seus privilégios, essa elite só poderia adotar indicadores da modernidade, tais quais a submissão de todos perante a Lei, a separação entre o público e o privado e a defesa das liberdades civis, desde um ponto de vista meramente formal, o conhecido "para inglês ver". Por trás desse álibi das aparências, o que se desnuda é a "elasticidade com que a civilização burguesa se acomoda à barbárie, a qual parecia condenar e que lhe é menos estranha do que parece"³⁷.

Por essa perspectiva, a superposição entre o jurídico e o pré-jurídico nos municípios da região canavieira alagoana não seria um ponto fora da curva, mas uma característica estrutural própria da conformação anômala do Direito nessas regiões.

Uma possível superação desse impasse, ao menos no plano teórico, partiria de um retorno à obra de Hart. Na sua reflexão sobre o fenômeno do Direito, ele ressalva que, por conta do pluralismo político que caracteriza todo regime democrático e da própria

³⁴ OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista/O ornitorrinco*. São Paulo, Boitempo, 2003.

³⁵ SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar*. ensaios selecionados. São Paulo: Companhia das Letras, Penguin Books, 2014.

³⁶ SCHWARZ, 2015, p. 131.

³⁷ SCHWARZ, idem.

incapacidade humana para antecipar o futuro, não seria possível um sistema jurídico que tudo antevê e regula, determinando com inteira precisão quando um objeto ou fato corresponderia aos conceitos gerais e abstratos das leis. Por conta disso, haveria graus de indeterminação³⁸, zonas de foco e penumbra, a serem preenchidos por uma “escolha criadora” exercida pelos tribunais “ao interpretarem uma lei concreta que se revelou indeterminada”³⁹. Na palavras do autor, “haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer seus poderes de criação do direito”⁴⁰, poder esse restrito e limitado a “resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos”⁴¹. Nos parece que essa textura aberta de que fala Hart, ao identificar “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinarão o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”⁴², também se aplicaria às decisões e atos administrativos.

Se há uma ressalva à aplicação dos pressupostos de textura aberta e da escolha criadora ao contexto dos municípios da zona canavieira e à administração pública brasileira como um todo é que, aqui, o poder de criação das decisões administrativas, que determinarão “o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes” de que fala Hart, estaria condicionado à participação popular como elemento de direção e fiscalização da promoção dos interesses públicos e do direito à liberdade dentro do Estado de Direito Democrático consolidado pela Constituição Federal de 1988.

Isso porque, no atual contexto brasileiro, o melhor interesse público possível, porque oriundo da mais viável composição de interesses numa sociedade capitalista, economicamente desigual e politicamente concentrada como a brasileira, é aquele que tem como norte o que se consolidou na Constituição Federal de 1988.

Ensimesmada, diante de um contexto social complexo e conflitivo, a Administração Pública se torna cada vez menos capaz de decidir por conta própria qual a melhor forma de concretizar os valores constitucionais. É preciso se abrir ao outro, ao povo, à participação popular, para melhor promover o interesse público fruto do consenso provisório e em constante construção dos interesses particulares das classes sociais antagônicas.

³⁸ HART, 2001, pg. 143.

³⁹ HART, 2001, pg. 166.

⁴⁰ HART, 2001, pg. 336.

⁴¹ HART, 2001, pg. 338.

⁴² HART, 2001, pg. 148.

Do ponto de vista da relação entre indivíduo e Administração Pública, a participação popular no procedimento de decisões administrativas garantiria uma maior gama de informações e circunstâncias fáticas relevantes capazes de afastar as zonas de penumbra e garantir a melhor concretização dos interesses públicos durante o trabalho de individualização do direito às situações jurídicas individuais, fim último de todo ato administrativo que busque respeitar e efetivar o direito fundamental à liberdade.

Assim como não deve existir o que se poderia chamar de administrador *Hulk*⁴³ que, diante da incompletude da lei e da complexidade das situações antagônicas a que é obrigado intervir, desiste da racionalidade e, tal qual a música do Djavan, *deixa vir do coração*⁴⁴ a decisão, mesmo que, para isso, precise *esmagar* certos direitos individuais. Tampouco seria prudente ter como modelo um administrador *Hércules*, para se utilizar do método proposto por Ronald Dworkin⁴⁵, que buscaria, por meio de uma capacidade quase sobre-humana, avaliar por conta todos as circunstâncias fáticas e jurídicas relacionados ao caso até encontrar a única decisão correta para a situação jurídica individualizada caso.

O papel dado à participação popular na gestão e controle da Administração Pública como pressuposto essencial do pluralismo político característico do Estado de Direito Democrático⁴⁶, no qual Administração e cidadão passam a ser vistos como sujeitos iguais de uma relação jurídica e onde a defesa do direito deixa de ser prerrogativa exclusiva do Estado e passa a ser fruto da relação de tensão entre o povo e a Administração⁴⁷, exige uma superação da ideia de controle popular dos atos administrativos como ação de natureza posterior e adstrita à verificação de conformidade legal.

⁴³ Hulk é um personagem de quadrinhos, livremente inspirado na obra *O Estranho Caso de Dr. Jekyll e Sr. Hyde*, de Robert Louis Stevenson. Atingido por radiação, o cientista Bruce Banner passa a conviver com um alter ego dotado de força descomunal que se apodera de seu corpo em situações limítrofes de tensão, passando a agir pautado nos mais primitivos instintos de sobrevivência. De poucas palavras, seu vocabulário se restringe ao bordão "Hulk esmaga!".

⁴⁴ Trata-se do último verso da primeira estrofe da música *Se...*, do álbum *Coisa de acender*, lançado em 1992: "Você disse que não sabe se não / Mas também não tem certeza que sim / Quer saber? Quando é assim, / deixa vir do coração". Essa estrofe, inclusive, parece sintetizar perfeitamente a perplexa situação do povo diante das (in)decisões do Estado brasileiro.

⁴⁵ Em suas obras *Levando os direitos a sério* (1977) e *O Império do Direito* (1986), o jurista estadunidense Ronald Dworkin apresenta como método de decisão judicial a figura imaginária do juiz Hércules, dotado da resiliência e sabedoria necessárias para esmiuçar e reinterpretar o ordenamento jurídico como um todo à procura da única resposta correta a cada um dos casos em litígio, inclusive os mais difíceis.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na administração pública*. R. Dir. Adm, Rio de Janeiro, 191: 26-39, jan.mar. 1993

⁴⁷ MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra. Almedina, 2007.

Não é só no controle ulterior que residiria a participação popular nos atos administrativos. É preciso ampliar a perspectiva do que esse entende por controle popular da administração, para nela incorporar a ideia de gestão e direção, ao lado da fiscalização e vigilância. Desta forma, o foco de atenção do controle dos atos administrativos não estaria na dicotomia entre vinculação e discricionariedade, mas na qualidade e quantidade de participação popular durante o procedimento administrativo de decisão e criação dos atos administrativos.

As possíveis resistências, no campo teórico e político, a uma Administração paritária aberta à participação popular só podem ser compreendidas dentro de um contexto de “ódio à democracia”, como argutamente apontado em ensaio homônimo de Jacques Rancière⁴⁸. Esse ódio, ao contrário do que se possa pensar, não é prerrogativa de certa elite econômica ou fruto de determinado contexto geopolítico. Ao contrário, surgiu junto com a própria democracia. Os *haters* de ontem e hoje não se opunham necessariamente ao fato de que os governantes possam ser eleitos por qualquer membro da sociedade, mas sim pelo simples fato de que, no regime democrático, qualquer um pode, em potencial, ser alçado a governante.

Não é preciso ser filósofo, sábio, possuir sangue real ou ser enviado dos deuses. Não é necessário ser homem, branco, heterossexual, rico, com MBA em gestão pública, diploma em direito, economia ou administração. Não se exige nem a conclusão do ensino médio. Se todo o poder emana do povo, qualquer do povo pode exercê-lo.

Rancière lembra, inclusive, que, nos primórdios da democracia, os governantes eram escolhidos por sorteio. Nada mais condizente com a radicalidade do pressuposto democrático. Afinal, a impessoalidade randômica do sorteio não restringiria o exercício do poder público a classes sociais específicas ou indivíduos com características pré-selecionadas. Pelo contrário, nela o governo pode — e deve — ser exercido por qualquer um, sem exceção.

Propugnar por uma participação popular como requisito procedimental das decisões e atos administrativos não se justifica apenas pelo pressuposto de que, num Estado de Direito Democrático, o Administração Pública pode e deve ser exercida por todos e por qualquer um, mas também pela constatação de que não existe um administrador iluminado, capaz de tudo prever e abarcar, protegendo e promovendo, por conta própria, a exaustiva gama de interesses públicos consolidados na Constituição de 1988.

No campo das decisões administrativas, a melhor luz, para utilizar de outra expressão do próprio Dworkin, não viria da interpretação argumentativa unilateral feita pelo administrador sobre as regras ou princípios que compõem a ordem constitucional,

⁴⁸ RANCIÈRE, Jacques. *Ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

mas sim da participação popular que abre a Administração Pública aos fatos e interesses conflitantes que caracterizam a sociedade de classes capitalista, capazes de melhor identificar o interesse público a ser consensuado e promovido nos atos administrativos.

Num Estado de Direito Democrático, o escrutínio do público sobre as decisões e atos da Administração Pública deve ser o mais amplo e constante possível. O agente público que precisa tomar uma decisão administrativa está em posição limitada, porque incapaz de abarcar todas as nuances fáticas e jurídicas que envolvem a individualização do Direito aos casos concretos.

Do ponto de vista da relação entre indivíduo e Administração Pública, a participação popular no procedimento de decisões administrativas garantiria uma maior gama de informações e circunstâncias fáticas relevantes capazes de afastar as zonas de penumbra e garantir a melhor concretização dos interesses públicos durante o trabalho de individualização do direito às situações jurídicas individuais, fim último de todo ato administrativo que busque respeitar e efetivar o direito fundamental à liberdade.

Se, em sua *Theoria das constituições rígidas*, de 1934, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defendia o Poder Judiciário como "oráculo da Constituição"⁴⁹, não nos parece indevido, na segunda década do século 21, identificar na participação popular o oráculo coletivo da liberdade e interesse público.

Ao fim e ao cabo, garantir a participação popular nas decisões e atos administrativos seria uma resposta contemporânea ao desafio lançado no final dos anos 1920 pela romancista alagoano Graciliano Ramos, quando, na qualidade de prefeito de Palmeira dos Índios, sentenciou que "bem comido, bem bebido, o pobre povo soffredor quer escolas, quer luz, quer estradas, quer hygiene. É exigente e resmugante"⁵⁰.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A theoria das constituições rígidas*. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1934, pg. 130.

⁵⁰ RAMOS, Graciliano. *Relatórios de Graciliano Ramos publicados no Diário Oficial*. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2013, p. 44.

A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

FÁBIO HENRIQUE BORBA FERREIRA:

Bacharelado do curso de Direito do Centro
Universitário UNA de Contagem.

CÁSSIO HENRIQUE DA SILVA ROCHA⁵¹

(coautor)

RESUMO: É consenso que a maior parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros necessita de melhoria na alimentação, oportunidades de trabalho e acomodações para os presos. Precisamos promover um ambiente mais construtivo e digno à população carcerária. O intuito da aplicação da pena é a ressocialização e isso tem mais êxito com melhorias estruturais e organizacionais, sendo o apenado reinserido na comunidade com oportunidades novas, originando a diminuição da criminalidade e o bem-estar da sociedade. Diante disso, o trabalho terá como objetivo demonstrar o benefício da privatização dos presídios, o que solucionará assim, o sistema penitenciário brasileiro que se encontra em situação precária. Além disso, os direitos fundamentais que asseguram a privatização serão apresentados, sejam eles: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da cidadania e princípio da individualidade e da individualização da pena. Serão abordadas as regras mínimas para o tratamento dos reclusos consoante prescreve o pacto internacional da Organização das Nações Unidas (ONU). Por fim, será descrito o trabalho dos presos em razão da mão de obra encarcerada.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema carcerário. Ressocialização. Direitos Humanos. Privatização.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar de maneira crítica uma análise referente as Parcerias Público-Privadas visando-a como alternativa para o atual sistema penitenciário brasileiro.

Tendo em vista a precariedade atual do Sistema Prisional Brasileiro, tem se visto como alternativa para uma melhor gestão e recuperação de tal deficiência do Estado a Privatização dos complexos prisionais.

Atualmente verifica-se que o Estado não está conseguindo administrar de maneira adequada os presídios no Brasil. A realidade é que no Brasil os presídios estão cada dia

⁵¹ Bacharelado do curso de Direito do Centro Universitário UNA de Contagem.

mais superlotados sendo mal administrados com péssimas condições no âmbito da estrutura entre outros problemas visíveis aos olhos da sociedade.

Ante a abordagem exposta se faz necessário à análise de alguns princípios relacionados ao Estado Democrático de Direito sendo eles o da Legalidade no âmbito penal, Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana. Ainda em relação aos princípios, será apresentado conceitos de diversos autores sendo eles opositores ou a favor das Parcerias Público-Privadas.

Após a análise crítica entre a distinção de terceirização e privatização, será abordado o conceito e como se dá o funcionamento das PPPs – Parceria Público Privada adentrando em seu conceito, planos de negócios, qualificação econômico-financeira, hipóteses de extinção contratual, resultados obtidos nos presídios brasileiros que já aderiram ao sistema e a realização de uma comparativa entre o Sistema Público e o Privado. De maneira breve, será analisado o método de trabalho e outras atividades dos detentos dentro dos presídios privatizados.

Após o entendimento obtido no decorrer de todo esse trajeto acima mencionado, será demonstrado as considerações referentes a possibilidade de recursos para o sistema prisional atual no Brasil.

Por último, será realizada uma comparativa entre a privatização dos presídios nos Estados Unidos e na França fazendo-se compreender se a Privatização do Sistema Prisional no exterior foi ou não uma boa alternativa a ser seguida pelo Estado e se os resultados apontados pelas pesquisas foram satisfatórios aos olhos da sociedade internacional.

1 PRINCÍPIOS QUE ASSEGURAM O CUMPRIMENTO DE PENA ADEQUADO

Tratando-se do Estado Democrático de Direito, no qual refere-se a um sistema institucional onde as normas jurisdicionais precisam ser seguidas de maneira igualitária, não se pode deixar de mencionar alguns princípios que o norteiam.

Seguindo a linha de raciocínio de Rogério Greco, o Estado Democrático de Direito nasce a partir do momento em surge um regime de Direito que tornam os indivíduos limitados as suas próprias condutas, ou seja, tornam-se submetidos as normas e regras. Porém, para evitar atos abusivos do Estado sobre os indivíduos, existem mecanismos jurídicos que os resguardam em virtude do Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se

utilizando um instrumento regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos- têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salva guardar-lhes de uma ação abusiva do Estado. (GRECO, 2014, p.97).

Verifica-se na legislação vigente normas que resguardam os detentos, proporcionando-os o direito de permanecer cumprindo suas penas em um ambiente adequado. Ocorre que nos dias atuais, o Estado com sua deficiência financeira não tem conseguido arcar com a administração dos complexos prisionais. Ou seja, depara-se aí com o não cumprimento adequado da legislação e das garantias garantidas aos apenados. Existe uma falha nesse sistema tendo em vista tratar-se de um Estado Democrático de Direito, no qual tem deixado a desejar perante a sociedade.

Para Cláudia Toledo:

Para que o Estado se consubstancie como Democrático de Direito, deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional e para o exercício do poder estatal em suas três dimensões, em razão tanto de sua fundamentalidade formal (porque constitucionalmente dispostas, assumindo posição de supremacia na estrutura escalonada da ordem jurídica) quanto material porque tem como conteúdo valores assumidos como os de maior relevância pela sociedade. (TOLEDO, 2003, p.115).

Verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro em um Estado Democrático de Direito não vem respeitando diversos princípios entre eles o da dignidade da pessoa humana. Ou seja, se existem normas a serem seguidas tanto pelo Estado quanto pela sociedade questiona-se o motivo dessa lamentável situação do sistema prisional brasileiro. Será que o Estado vem cumprindo com todas as normas impostas a ele? A corrupção, o desvio de verbas pode ser considerado uma ausência do cumprimento de normas por parte do Estado e de seus governantes.

Nesse sentido, atribui-se a necessidade de mencionar os princípios que regem o atual Estado Democrático de Direito.

1.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Princípio da Igualdade conforme o próprio nome já diz está interligado ao conceito da palavra “igual”. Esse princípio aborda a questão de todos os indivíduos serem iguais perante a lei, ou seja, todos deverão ter as mesmas tratativas sem distinções de cor,

raça, sexo, econômica entre outras. Conforme artigo 5º, inciso I da Constituição da República de 1988 dispõe:

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. (BRASIL, [2019]).

Diante do conceito, é interessante aqui descrever alguns questionamentos que todos fazem ao falar desse princípio. Muitos questionam se a população de baixa renda, pobre e miserável possuem as mesmas garantias, direitos e privilégios da população de classe alta. Falando-se de porcentagem, a grande maioria de detentos no Brasil são de classe média, pobre ou alta? É notável que os presídios estão lotados de indivíduos pobres. E os ricos? Onde estão? Não cometem delitos e crimes? Se cometem onde foi aplicado o princípio da igualdade?

Ainda destaca Pedro Lenza:

Parece-nos evidente que a súmula vinculante tende a promover os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois padronizará a interpretação das normas, evitando-se as situações propiciadas pelo sistema vigente, em que pessoas em situações fáticas e jurídicas absolutamente idênticas se submetem a decisões judiciais diametralmente opostas, o que prejudica em maior medida aqueles que não têm recursos financeiros para arcar com as despesas processuais de fazer o processo chegar ao Supremo Tribunal Federal, onde a tese que lhe beneficiaria fatalmente seria acolhida” (LENZA, 2012 p.721).

Assim, em um Estado Democrático de Direito o princípio da igualdade precisa ser aplicado de maneira constante principalmente no Direito Penal. É indispensável que esse princípio atinja sua plenitude e que alcance a todos sem distinções. A partir do momento em que esse princípio começar a ser valorizado e utilizado da maneira correta o conceito de justiça prevalecerá.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana refere-se a uma união de princípios interligados que juntos garantem ao indivíduo a garantia dos seus direitos respeitados pelo Estado. Ou seja, possui como principal objetivo a vida digna e o bem-estar do cidadão. Diante disso, o Estado através de seus representantes e governantes precisa cumprir com essas principais funções do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, dispõe o art. 170 da Constituição Federal: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (BRASIL, [2019]).

Nesse sentido o princípio é mencionado no art. 266, § 7º, CF:

Art 226 § 7º CF- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 2019).

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana também está expresso no Código de Processo Civil:

Art. 8º CPC - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL,2019).

Esclarece o autor Alexandre de Moraes acerca desse princípio:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem

menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2003, p.41).

Conforme exposto acima pelo autor Alexandre de Moraes, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana vai muito além de direitos inerentes ao cidadão, pois atinge e alcança um valor espiritual e moral do indivíduo. Ou seja, o Estado precisa resguardar esses valores, proporcionar ao cidadão a possibilidade de acesso a que é considerado fundamental "qualidade de vida".

Além disso, o autor destaca a questão do menosprezo, sobre a necessidade do Estado de respeitar esses mínimos direitos que estão interligados ao da Dignidade da pessoa Humana.

Diante da função do Estado perante o princípio da Dignidade da Pessoa Humana surge-se o questionamento se realmente o Estado vem fazendo jus a essa responsabilidade que o próprio princípio o atribui. Em análise ao artigo 7º da Constituição de 1998, será que o Estado vem propiciando recursos educacionais e científicos a sociedade? Trata-se de mero cumprimento ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Conclui-se sobre o princípio da Dignidade da pessoa humana que apesar de óbvio seu conceito, esse possui inúmeras interpretações no ordenamento jurídico. Diante de todos esses meios de aplicação do presente princípio, deve-se levar em consideração que os indivíduos precisam ser vistos como pessoas humanas e que possuem total direito de usufruir desse princípio.

2 O TERMO PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL

Considera-se privatização a transferência do que é estatal para o domínio da iniciativa privada também conhecida como desestatização. Ou seja, o Estado no qual seria o setor público passaria a não mais exercer o domínio sobre determinada empresa ou instituição e colocaria essa função para o setor privado.

Nesse contexto, o Estado sendo o setor público transfere o domínio sobre os complexos prisionais para uma empresa privada que administrará internamente o presídio. O Estado não perderá totalmente suas funções perante os presídios brasileiros, pelo contrário à privatização transmite uma ideia de desafogar as responsabilidades do estado perante o sistema prisional atual.

A ideia de privatizar já não é um assunto recente, projetos iniciaram-se a muitos anos atrás. A privatização do sistema prisional brasileiro está voltada para a economia do

Brasil, possui como finalidade a transferência das obrigações do Estado para a iniciativa privada tendo em vista a precariedade da exploração do Estado na economia.

Atualmente sabe-se que essa precariedade de exploração não se trata apenas na economia do Brasil. Razão pela qual existem diversos projetos de Privatizações a serem aprovados no país. Não se pode deixar de mencionar que a privatização gera diversas consequências no sistema jurídico social.

O autor Albano Franco em seu livro Privatização, Mercado de Capitais e Democracia conceitua privatização do seguinte modo:

A Privatização é uma das muitas respostas estratégicas indicadas para lidar com o fracasso dos governos democráticos em implementar políticas econômicas de forma sensata e segura. Está comprovado que ela tem muita grande amplitude de aplicação tanto em países do Terceiro Mundo como economias avançadas, quer em sociedades comunistas, quer em sociedades capitalistas. A privatização é um dos produtos de um novo método de geração de análises e políticas e o nome dado a esse novo tipo de atividade é "micropolítica". (FRANCO, 1988, p.13).

A privatização possui diversas formas de parcerias sendo elas Parcerias Público Privada, organizações sociais, contratos de gestão entre outros. Tratando-se de privatização é indispensável mencionar o quanto amplo é seu conceito. Apesar de toda sua amplitude destaca-se como principal objetivo a redução da atuação estatal e abrir oportunidades para toda a iniciativa privada.

Como o próprio nome já diz "privatizar" nos remete a algo privado. Logo, conclui-se que tratando de privatização evoca-se a ideia de uma gestão por pessoas vinculadas a uma instituição ou empresa privada cujo explorariam algo público desafiando o Estado de responsabilidades administrativas entre outras funções.

2.1 TERCEIRIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO: DIFERENÇAS E CARACTERÍSTICAS

Muito se discute o conceito de terceirização com privatização principalmente no Brasil. Apesar das frequentes dúvidas acerca dessa diferenciação a terceirização possui um conceito totalmente diferente da privatização. A grande diferença está na seguinte questão:

O Estado possui inúmeras empresas e autarquias no qual administra de forma integral todas essas entidades. Ou seja, o próprio Estado contrata os funcionários, realiza a demissão, administra os recursos entre outras funções. Conforme já ocorreu diversas vezes, o Estado pode decidir tornar tal empresa ou autarquia privada. O Estado começa a

não ter mais o interesse em administrar e fazer parte dessa entidade. E é exatamente nesse momento que ocorre a privatização, o Estado vende essa propriedade para um ente privado e torna-se essa propriedade privada. Nesse sentido, o estado se desvincula dessa empresa. (FONTES, 2019)

Já na terceirização o conceito é totalmente diferente da privatização, aqui na terceirização o Estado não vende nenhuma de suas empresas e autarquias. Como o próprio nome já diz, o Estado terceiriza uma mão de obra para que uma empresa terceirizada realize todo o serviço. Ou seja, a empresa terceirizada realizará as funções do Estado, mas a propriedade da empresa permanecerá sendo do Estado. Um bom exemplo são os empregados terceirizados das universidades Federais. A empresa responsável pela limpeza dessas universidades não são proprietárias da universidade. O Estado apenas terceiriza o serviço.

A terceirização está respaldada na legislação brasileira traduzida no Decreto-lei n. 200/67 em seu artigo 10 conforme abaixo:

A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada, (...) parágrafo 7. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução. (BRASIL, [2003]).

Após o esclarecimento da diferença entre terceirização e privatização fica mais fácil a compreensão desse tópico voltado a terceirização. Não se sabe qual seria a melhor alternativa para o Brasil, tendo em vista a dificuldade de comparação dessas duas alternativas. Apesar do Brasil ter um histórico de grandes privatizações ainda fica a discussão de qual caminho seria melhor seguir. Porém, tratando-se da privatização do sistema prisional conforme o próprio nome já diz privatizar é uma das alternativas para melhorar os presídios brasileiros. Ou seja, desafogar o órgão público de algumas funções, mas não o tirando a propriedade.

3 PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

A privatização dos presídios tem sido objeto de discussões no Senado e por toda a sociedade. Sabe-se que o atual sistema prisional brasileiro vem enfrentando diversas

dificuldades sendo eles financeiras, sociais e entre outros problemas. A Lei 11.079 de 2004 aborda a questão referente a licitação e contratação de parceria público privada na administração do Estado.

Nesse sentido as empresas privadas no período de admissão passariam por uma concorrência pública. Destaca-se que todas as obrigações e direitos de ambas as partes sendo o Estado de um lado e a empresa privada de outro seriam regidos por um contrato.

Tal privatização passaria a empresa privada a prover serviços penitenciários, tais como o fornecimento da alimentação no presídio, saúde, trabalho e educação dos encarcerados. Além disso, administrariam o presídio e auxiliaria em sua construção.

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB já se posicionou em maio de 2019 de forma contrária acerca da privatização do sistema prisional brasileiro em uma matéria publicada diretamente do site Terra. Segundo a OAB, essa questão referente a segurança pública pertence exclusivamente ao Estado. Ou seja, somente o Estado tem a responsabilidade de assumir e comandar a segurança pública dos presídios. (SPECHOTO, 2019).

Atualmente verifica-se uma escassez de recursos públicos para serem aplicados em diversos setores do interesse público. Devido a essa precariedade de recursos o Estado tem buscado modelos de gestão entre o setor privado. No Brasil, as PPPs já haviam sido normatizadas em alguns estados antes de serem disciplinadas no âmbito Federal. Por exemplo em Minas Gerais sendo o primeiro Estado a aderir ao sistema da privatização, São Paulo, Santa Catarina, Bahia, Goiás, Amazonas, Rio Grande do Sul e Ceará. Em Minas Gerais as PPPs tornaram-se destaque tornando o estado pioneiro nesse aspecto. Um dos pontos positivos referente as PPPs são os contratos duradouros. Por exemplo em Pernambuco o contrato permeia 33 anos e em Minas Gerais 27 anos.

O sistema prisional brasileiro não se encontra nos moldes previstos na Lei de Execução Penal. Um bom exemplo é o que diz no artigo 88 da Lei de Execução Penal.

O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, Aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único – São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados). Sendo assim, essa superlotação viola efetivamente as normas e princípios constitucionais no que diz respeito aos detentos, e, conseqüentemente, além da pena que estes terão que cumprir, haverá ainda uma “sobrepena”, uma vez que os

mesmos sofrerão com esse desrespeito por todo o período em que ficarão encarcerados. (BRASIL, 2019).

É evidente que os complexos prisionais atualmente existem com a finalidade de proporcionar ao condenado a oportunidade de pagar pelo ato ilícito praticado. Ocorre que não se trata apenas disso, o complexo prisional precisa proporcionar ao condenado muito mais do que um simples encarceramento. Os detentos precisam ser ressocializados para um futuro convívio com a sociedade. Atualmente o sistema carcerário no Brasil encontra-se falido e precário. O índice de reincidente aumenta a cada dia, as celas encontram-se cada vez mais superlotadas. Isso, sem contar a falta de defensores públicos, auxílio médico e psicológico adequado. O Estado tem deixado a desejar na área da segurança pública.

Deve-se compreender que as PPPs não se referem a uma privatização total, ou seja, o Estado não perderá todas as suas funções perante determinado órgão. Pelo contrário, o Estado deixará de atuar somente em algumas determinadas funções. A execução da Pena privativa de liberdade será sempre prerrogativa do Estado.

A privatização do sistema prisional refere-se a uma concessão meramente administrativa. Nesse sentido, o Estado irá repassar o dinheiro ao setor privado sem cobrança de tarifa do usuário do serviço que no caso seriam os detentos. A palavra usuário não seria a adequada tendo em vista o preso não ter a possibilidade de escolher usar ou não usar o sistema, trata-se de uma consequência.

O autor José Adaumir Silva se posiciona da seguinte maneira:

Aqui fica clara a atribuição de vigilância e controle direto da Concessionária sobre o preso para fazer valer o comando do título executivo penal, atividade preponderantemente estatal que não poderia ser deslocada para o particular. Note que o parceiro privado tem poderes, inclusive, para cumprir decisões judiciais, que mesmo após o crivo do Diretor Público de Segurança, representa parcela de poder que somente o Estado por si poderia ostentar. (SILVA, 2015, p. 81).

Desde logo o descumprimento contratual por parte da iniciativa privada resultará no cancelamento do contrato vindo a rescindi-lo.

Sobre essa questão pronuncia-se Gasparini.

Nos contratos administrativos reconhecem-se em razão da lei, da doutrina e da jurisprudência, a favor da Administração Pública

contratante, certas prerrogativas, a exemplo de: a) modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular; b) acompanhar a execução do contrato; c) impor sanções previamente estipuladas; d) rescindir, por mérito ou legalidade o contrato. (GASPARINI, 1992, p.81).

Ainda sobre a extinção do contrato explica a autora Mariângela Sarrubbo Fragata:

Como é sabido, por força do artigo 5, caput e parágrafo 1, da Lei Federal número 11.079/2004, a extinção do contrato de concessão administrativa ou patrocinada rege-se pelo disposto nos artigos 35 a 39, da Lei Federal número 8.987/95. Segundo o ordenamento jurídico, a extinção da concessão constitui “encargo do Poder Concedente”, que poderá fazê-lo nos casos previstos na lei e na forma estabelecida no próprio contrato (Lei federal número 8.987/95, art 29, inciso IV). (SARRUBBO, 2014, p.248).

O autor Araújo Junior explica acerca da administração dos presídios:

[...] as empresas que desejam participar da administração penitenciária visam obter lucros e retirar lucros da própria existência da criminalidade; logo, tais empresas, que têm interesse em manter seus lucros, não irão lutar contra a criminalidade... e se não têm tal interesse não devem administrar prisões. (ARAÚJO; JUNIOR, 1995, p.20).

Apesar da longa durabilidade contratual, o poder público ao verificar uma má gestão na administração do presídio poderá de forma imediata rescindir o contrato. Diga-se que o Estado terá todo um rol de prerrogativas para tal ato de cancelamento do contrato.

3.1 O TRABALHO PRISIONAL

O trabalho prisional tem gerado opiniões diversas na sociedade em um modo geral. Muito se discute se o trabalho dos detentos de certa forma traz algo positivo tanto para o Estado quanto para os condenados. Em uma tese de doutorado Elionaldo Julião defende o seguinte:

Quando comparamos o trabalho ao estudo, evidencia-se que ambos são significativos, porém, enquanto o estudo no cárcere diminui a probabilidade de reincidência em 39%, o trabalho na prisão diminui essas chances em 48%. Ou seja, os referidos dados não ratificam a hipótese apresentada no início desta pesquisa de que o efeito do

estudo é superior ao do trabalho na reinserção social do apenado. (JULIÃO, 2009, p. 449).

O autor Dráuzio Varella em seu livro Prisioneiras se manifesta acerca do trabalho nos presídios e relata fatos vivenciados junto as detentas quando trabalhava em um presídio na cidade de São Paulo.

O que poucos sabem é que o trabalho constitui uma das principais aspirações da massa carcerária, menos por amor a ele do que por razões fáceis de compreender: além de combater a ociosidade das horas, dos meses e anos que arrastam – um dos flagelos mais angustiantes da vida carcerária -, a cada três dias trabalhados descontam um da pena a cumprir. (VARELLA, 2017, p. 78).

Ainda se posiciona o Professor Celso Delmanto:

O trabalho é direito e dever dos presos. Será sempre remunerado (em valor não inferior a três quartos do salário mínimo), mas devendo a remuneração atender à reparação do dano do crime, assistência à família etc. (LEP, art. 29). Garante-lhe, ainda, este art. 9 do CP, os benefícios da Previdência Social. Assim, embora o trabalho do preso não fique sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (LEP, art. 28, § 2º), ele tem direito aos benefícios previdenciários. (DELMANTO, 2000, p. 75).

O trabalho dos detentos está previsto na Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 28 - O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º. Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º. O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. (BRASIL, 2019).

Na Constituição Federal em seu artigo 170 menciona acerca do trabalho:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 2019).

A questão da possibilidade de trabalho dos apenados também é objeto de opiniões diversas. Aqueles que consideram ser inviável os trabalhos dentro dos complexos prisionais afirmam que o trabalho não proporcionará benefícios a sociedade. Segundo eles, o Estado não receberia de volta o investimento realizado nessa questão. Esse investimento sem retorno, se daria na aplicação de verbas na estrutura do complexo, materiais para o trabalho dos detentos, aparelhamento entre outros. Apesar de ser um direito resguardado ao preso na Lei de Execução Penal, não são todos os detentos que são beneficiados pelo trabalho dentro do presídio.

Conforme o artigo 29 da Lei de Execução Penal o preso será remunerado nas seguintes condições:

Art. 29 - O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º. O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º. Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade. (BRASIL, 2018).

O encarcerado poderá exercer o trabalho internamente dentro do complexo prisional ou fora dele desde que seja enquadrado dentro das normas legais e critérios estabelecidos.

O trabalho interno está previsto no artigo 29 da Lei de Execução Penal, ou seja, nessa modalidade o detento exercerá seu trabalho somente dentro do presídio. Nesse modelo, o detendo auxiliará na área interna do complexo, prestando serviços na cozinha, lavanderia, jardinagem entre outros demais locais. A jornada de trabalho interno é de no mínimo 6 (seis) horas e máximo de 8 (oito) horas, com descanso aos domingos e feriados. Nessa modalidade o preso também será remunerado.

Já o trabalho externo está previsto no artigo 36 e 37 da Lei de Execução Penal. Essa modalidade é o oposto da anterior. Nesse caso, o condenado realiza suas atividades na parte externa do presídio. Porém o trabalho externo não é permitido ao condenado em regime fechado. A direção do estabelecimento prisional deverá avaliar o comportamento do preso para somente depois analisar se o mesmo tem condições e merece trabalhar fora do presídio.

Diante dos fatos expostos, a possibilidade de trabalho do condenado é sim uma oportunidade de ressocialização. Manter o preso ocioso sem nenhuma atividade produtiva nada tem a acrescentar ao Estado e muito menos a sociedade. O trabalho do condenado precisa ser considerado um dever social. O Estado precisa respeitar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e enxergar o trabalho do preso como uma medida produtiva e educativa. Com a privatização dos presídios, o complexo prisional terá uma estrutura adequada para o fornecimento de trabalho aos detentos o que hoje não é possível em muitos presídios do país.

3.2 RIBEIRÃO DAS NEVES: PENITENCIÁRIA TOTALMENTE PRIVATIZADA

O primeiro e único presídio privatizado foi inaugurado no Estado de Minas Gerais no município de Ribeirão das Neves região metropolitana de Belo Horizonte. O complexo prisional iniciou suas atividades em 2013 e vem trazendo número positivos referente ao seu funcionamento.

Referente a estrutura do complexo em questão o mesmo abriga aproximadamente 2.164 presos segundo pesquisa do site gazeta do povo realizada em novembro de 2019 consideravelmente um número razoável. Esses presos são divididos em três unidades sendo duas do regime fechado e uma do regime semiaberto. O contrato realizado entre o Estado e a empresa privada no caso do complexo prisional em Ribeirão das Neves foi de 30 anos no qual o Estado mensalmente realizará o pagamento a empresa por preso. (FONTES, 2019)

A empresa com o nome de GPA é responsável pelo investimento desse complexo prisional recebe do Estado por cada preso R\$ 3.800,00 de acordo com a concessionária. O custo por preso no presídio segundo dados divulgados é de aproximadamente R\$ 1.900,00 sendo esse valor gasto com alimentação, pagamento dos servidores, saúde, estudo entre outras despesas usufruídas pelo detento. A diferença do valor seria para pagar a estrutura construída até o fim do contrato. (FONTES, 2019).

Financeiramente falando, para que o Estado não se desequilibre e consiga arcar com as custas desse contrato o ideal seria manter esse complexo prisional 90% ocupado pelos detentos. (FONTES, 2019)

Um dos principais objetivos de todo esse projeto foi obter a qualidade e eficiência na custódia do detento contribuindo com a ressocialização do mesmo. Além disso, é de extrema importância a transparência da execução política na segurança pública. Outro ponto positivo é a satisfação das duas partes no contrato.

Nesse projeto o Estado permanece mantendo sua função na área da segurança armada nas muralhas e nas áreas externas da unidade. Do outro lado da segurança interna

do complexo prisional tem a figura do Diretor de Segurança responsável por esta e pelas sanções administrativas dos detentos.

O Estado também permanece com a função de realizar a transferências dos detentos referente as unidades de descolamento, e segurança nas muralhas. Nesse aspecto é dispensado qualquer situação de superlotação no complexo.

A penitenciária privatizada de Ribeirão das Neves possui inúmeras diferenças positivas em comparação com os presídios públicos. Uma das diferenças e com o modo de abertura e fechamento das celas no presídio. Esse procedimento é realizado por uma torre de controle, os agentes da penitenciária monitoram por câmeras todo o presídio sendo no total 264 câmeras. Somente homens já sentenciados fazem parte do complexo prisional dessa unidade.

Referente ao trabalho no complexo penitenciário de Ribeirão das Neves, os detentos exercem a atividade de trabalho de seis (6) horas diárias postergando no máximo oito (8) horas.

4 A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESIDIOS NO EXTERIOR

A ideia de privatizar os presídios não surgiu no Brasil, muito pelo contrário antes mesmo do Brasil adotar a ideia de privatizar alguns presídios, outros países já haviam se adequado a esse novo modelo de Parceria Público Privada. Nesse sentido, será realizado no presente trabalho uma breve comparativa entre os sistemas prisionais privatizados no exterior.

Nos Estados Unidos segundo uma pesquisa realizada no site gazeta do povo a privatização dos presídios abrange tanto na esfera federal quanto na estadual. Diferentemente do Brasil que até o momento os presídios no âmbito Federal ficam a cargo exclusivo da União. Além disso, nos Estados Unidos o poder de administrar os presídios pela empresa privada é considerado mais amplo em comparação com o Brasil. Ou seja, essa administração das empresas terceirizadas nos Estados Unidos vão da construção do complexo penitenciário até a vigilância dos detentos. Além disso, no presente país o modelo de privatização dos presídios não é aplicado em todos os Estados somente em alguns tendo em vista seu modelo federativo. (FONTES, 2019)

Atualmente, nos Estados Unidos está sendo realizado uma revisão do modelo referente as Parcerias Público Privadas dos presídios. Não se trata de uma novidade no país, e sim algo que já foi aderido e que hoje passa por revisões. Ainda segundo pesquisas do site Gazeta do Povo, essa revisão está sendo realizada tendo em vista a corrupção por parte dos agentes públicos e o alto custo nos investimentos. (FONTES, 2019)

É indispensável mencionar que nos Estados Unidos os detentos são separados observando o nível do crime no qual cometeram. Esse critério de separação está previsto na legislação brasileira, mas na atualidade é pouco praticada. O principal objetivo dessa separação é evitar com que os réus primários sejam “influenciados” pelos demais detentos que praticaram delitos mais graves.

Assim, menciona Tocqueville:

As vantagens do sistema penitenciário nos Estados Unidos podem ser classificadas assim: Primeiro: impossibilidade de corrupção dos detentos na prisão; segundo: grande probabilidade de eles adquirirem hábitos de obediência e de trabalho que façam com que se tornem cidadãos úteis, terceiro: possibilidade de uma reforma radical. (TOCQUEVILLE, 2010 p.71).

Na França, ao contrário dos Estados Unidos a empresa privada não possui grande participação no gerenciamento do complexo penitenciário. Esse sistema das Parcerias Público Privadas na França o Estado transfere apenas uma parte das responsabilidades para a empresa privada sendo essa responsável pela limpeza e fornecimento dos alimentos aos detentos. (FONTES, 2019).

O modelo Francês é bem semelhante ao modelo aderido atualmente no Brasil. Ou seja, apesar da intervenção de uma empresa privada isso não excluirá outras funções do Estado sobre os complexos prisionais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo exposto no decorrer do presente trabalho verifica-se uma dificuldade que o Estado vem enfrentando na atualidade para a administração do sistema prisional brasileiro. Em consequência de uma atual crise financeira do Estado direitos individuais dos detentos estão sendo violados tendo em vista as condições precárias dos complexos prisionais. Verifica-se que os detentos estão saindo das penitenciárias “piores” em termos de agressividade, revolta e violentos e grande parte das vezes retornam para o presídio.

Deve-se levar em consideração a necessidade da ressocialização dos presos fazendo-se que os mesmos façam uso dos presídios como principal objetivo além do cumprimento da pena a utilização dos métodos socioeducativos para um futuro melhor convívio em sociedade. Sabe-se que um dia esses detentos irão sair da cadeia e lá fora são jogados revoltados e a cada dia que passa mais indignados. O Estado ainda enxerga os complexos prisionais com um depósito de seres humanos, no qual muitas das vezes ficam

em celas extremamente superlotadas, sem atendimento psicológico adequado entre outras dificuldades enfrentadas na atualidade.

A privatização do sistema prisional brasileiro surgiu como uma luz no fim do túnel para amenizar esse caos do sistema prisional. Os complexos prisionais no Brasil estão falidos e precários, uma lástima. Diante disso, direitos individuais não estão sendo respeitados e sim violados. Existe uma contradição no sentido que na legislação está previsto uma coisa e na atualidade a realidade é completamente o diferente.

O Estado por motivos de crise financeira, corrupção e outras consequências não possui condições de administrar de maneira geral os presídios brasileiros. A ideia de deixar com que empresas privadas invistam nos presídios é considerado uma alternativa. O Estado repassaria as verbas mensalmente durante longos anos mas teria um retorno positivo desse investimento. Segundo pesquisas levantadas durante o trabalho em questão os resultados têm sido positivos no primeiro complexo prisional privatizado do País em Ribeirão das Neves – Minas Gerais.

Outro fator importante a ser mencionado é que o Estado não perderá todas as suas funções perante o sistema prisional brasileiro conforme exposto nos capítulos anteriores. A realidade é que o sistema prisional brasileiro precisa urgentemente de uma mudança positiva e essa mudança já se deu início no estado de Minas Gerais com a privatização do presídio na região metropolitana de Belo Horizonte na cidade de Ribeirão das Neves – Minas Gerais.

Portanto, essa parceria contratual entre a iniciativa privada e o Estado indica ser uma alternativa positiva para as duas partes e também para a sociedade e o detento garantindo-o o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR,. João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: RT, 1995.

BITENCOURT, César. **Falência da pena de prisão, causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo, Saraiva 2011.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal:** volume 1. Campinas: Bookseller, 2004, P. 73.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão e estado:** a função ideológica de privação de liberdade. Pelotas: EDUCAT, 1997.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 5 ed. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

ENRICO FERRI apud BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

FONTES, Giulia. Como funciona o complexo de Ribeirão das Neves, única PPP penitenciária do país. **Gazeta do Povo**, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>. Acesso em: 15 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 39. ed. Rio de Janeiro: VOZES, 2011

FRANCO, Albano. **Privatização, Mercado de Capitais e Democracia**. Rio de Janeiro: Edição especial ampliada da Revista Bolsa, 1988.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial Volume II.** 5. ed rev. atualizada. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral Volume 1.** 16. ed rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 591.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **A Ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro**. 2009. 449 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22.

MARGARETE, Cristina; FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIETRO, DI Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de execução penal**. 2 ed. Bookseller, Campinas, 2002:

SARRUBBO, Mariângela. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2014.

SILVA, José Adaumir Arruda da. **A Privatização De Presídios E Sua Compatibilidade Com O Estado Democrático De Direito: A Ressocialização Irrefletida**. Trabalho de dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, 2015

SILVA, Plácido **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526. ESP). São Paulo: FSJ, 2010.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal: no estado democrático de direito**, porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

TOCQUEVILLE, A; BEAUMONT, G. **Sobre o Sistema Penitenciário dos Estados Unidos e sua Aplicação na França**.

SPECHOTO, Caio. OAB-SP: presídios com gestão privada são inconstitucionais. **Terra**, 09 mai. 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/oab-sp-presidios-com-gestao-privada-sao-inconstitucionais,53cabfc5c834a17943092b1e4aabfa8c1cif8zz2.html/>. Acesso em: 07 set. 2019.

Série Ciências Sociais na Administração, Departamento de Fundamentos Sociais e Jurídicos da Administração, FGV – EAESP). São Paulo: FSJ, 2010.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: LANDY, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Pena: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994

TÔRRES, Rodrigo; MATTOS, Virgílio. **Estudos de Execução Criminal, Direito e Psicologia**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, Editora Schwarcz s.a 2017.

A PRISÃO EM FLAGRANTE FORJADO E SUA ILEGALIDADE

JOHN WEISTEN RODRIGUES DA COSTA:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus- CEULM/ULBRA

RESUMO: O trabalho aborda sobre a prisão em flagrante forjada e sua ilegalidade, que é espécie do gênero prisão em flagrante. É elucidado no trabalho o que a Constituição Federal aborda acerca da prisão, o que fala o Código de Processo Penal sobre o mesmo, e a citação de autores estudiosos sobre o tema. Aborda-se as consequências que a prisão em flagrante pode resultar no tocante a liberdade do indivíduo e na sua dignidade. O objetivo é a análise deste tipo de ilegalidade praticada por agentes da lei, comparando com o que a lei constitucional e processual prevê.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Flagrante. Forjada. Ilegalidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA - 2.1 DA PRISÃO PROVISÓRIA - 2.1.1 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO PROVISÓRIA - 2.2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE 2.2.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE - 2.2.2 DA CLASSIFICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE 2.2.3 DAS SITUAÇÕES DO FLAGRANTE - 2.2.3.1 Flagrante próprio - 2.2.3.2 Flagrante impróprio ou Quase flagrante - 2.2.3.3 Flagrante Presumido - 2.2.3.4 Situações especiais de flagrante - 2.4. FORMALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE - 2.4.1 "Alegação da testemunha que presenciou o ato criminoso, ou seja, um terceiro que observou o momento da ação criminoso e posteriormente a sua prisão"; - 2.4.2 Do interrogatório do preso - 2.4.3 Da lavratura do auto - 2.4.4 Da nota de culpa - 2.4.5 Da comunicação da prisão à autoridade judiciária - 2.4.6 Relaxamento da prisão - 2.5 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA - 2.6 FLAGRANTE FORJADO - 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 4. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho será abordado sobre a prisão em flagrante forjada, no qual se enquadra em espécie do gênero prisão em flagrante, que é o instituto processual que se aplica na imediatidade da ocorrência da ação criminoso. Para que ela se efetive, ela deve estar de acordo com os requisitos que a lei processual penal descreve, não estando nas hipóteses legais, será considerada ilegal, colocando em liberdade o indivíduo preso.

A prisão forjada é a hipótese ilegal do instituto, no qual a prisão é baseada em fatos inexistentes, maquiados e urgidos, não preenchendo os requisitos do artigo 312

do Código de Processo Penal, e infringindo arbitrariamente no direito constitucional da liberdade de ir e vir do indivíduo.

Será abordado no presente trabalho, a fundamentação legal da prisão provisória, mostrando a constitucionalidade da mesma, dando relevância a espécie no qual será objeto de estudo, os requisitos que a legislação equipara para a sua efetivação, e a explanação sobre a espécie ilegal no qual é objeto central deste artigo.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DA PRISÃO PROVISÓRIA

As doutrinas penalistas esclarecem que, as prisões cautelares são aquelas que se diferenciam da prisão que constitui sanção penal, ou seja, a que se enquadra na modalidade de prisão definitiva, sendo esta última imposta após o trânsito em julgado.

As prisões provisórias existentes na legislação processual penal são: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Portanto, ao contrário do que se pode deduzir, a prisão em flagrante não é uma modalidade de prisão definitiva, pois não pode ser imposta após o trânsito em julgado da condenação penal.

Convém ressaltar que, o princípio constitucional da presunção de inocência, no qual afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, não impede com que o acusado venha ser passível da prisão provisória, pois é facultado ao magistrado, por ordem escrita e fundamentada, efetuar a prisão em flagrante conforme se vê previsto no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

Na legislação processual penal (Código de Processo Penal), estão previstas duas formas de prisões cautelares, que são: prisão em flagrante e prisão preventiva. A prisão em flagrante, com o advento da Lei nº. 12.403/11, passou a ter brevíssima duração, pois o delegado ou autoridade policial terá o prazo de 24 horas para enviar a cópia da prisão ao Juiz, e este ficando encarregado de converter em prisão preventiva ou relaxar a prisão concedendo a liberdade ao indiciado. A prisão temporária, por sua vez, é regulamentada pela lei especial nº. 7.960/89.

2.1.1 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO PROVISÓRIA

A peculiaridade da prisão provisória no qual a doutrina específica de maneira relevante, é a proporcionalidade para a aplicação das medidas cautelares. O conceito de proporcionalidade no artigo 282 do Código de Processo Penal, é dividido por três requisitos, nos quais são úteis para a aplicação das medidas cautelares.

Veamos o que esclarece o artigo 282 do CPP:

Art. 282, *caput*, do CPP: As medidas cautelares em comento neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

- I- **necessidade** para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal, e nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II- **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias de fato e condições pessoais do indiciado ou do acusado. (grifos nossos).

O critério da necessidade da medida, da proibição de excesso ou busca de alternativa menos gravosa, possui como objetivo proteger a esfera de liberdade do indivíduo, na comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ao direito material. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 718).

A adequação, para a doutrina, é um juízo de verificação de uma relação de meio e fim. Este meio é empregado para realização do interesse que merece maior proteção, no qual seria uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim para o qual se destina. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 718).

A proporcionalidade em sentido estrito, embora não exposto no artigo acima destacado. No caso da necessidade, a aplicação da lei penal se dará pela necessidade de tal medida, sendo imprescindível a sua imposição, em um segundo momento, buscar entre as medidas possíveis a mais adequada, ou seja, uma restrição menos gravosa ao acusado. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 719).

2.2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

É um instituto processual que possui amparo legal em nossa Carta Magna, no artigo 5º, LXI, e na legislação processual penal por meio dos artigos 301 a 310.

Este instituto processual a doutrina define como um procedimento administrativo, sendo jurisdicionalizado posteriormente. Este procedimento, objetiva evitar a prática criminosa, ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria.

Para Badaró (2014, p. 724):

A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada, tendo por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria.

A partir da leitura do excerto do referido autor, a prisão em flagrante é uma medida processual, que independe no momento de sua realização, da autorização ou decisão do juiz, pois ela se concretiza no momento em que a conduta criminosa é praticada surpreendentemente, e no mesmo momento o agente é preso ou tempos depois.

“São duas as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata a prática da infração e a captação, também imediata, da prova”. (GRECO FILHO, 2012, p. 412).

A prisão em flagrante vem a se dividir em três momentos, nos quais são: a prisão captura, a lavratura do auto de prisão em flagrante e a prisão detenção. Em observância a estas três hipóteses, podemos afirmar que a prisão em flagrante se enquadra no momento em que há entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão.

2.2.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A Constituição Federal define a hipótese no qual a prisão em flagrante pode ocorrer, com o objetivo de regular este instituto e ao mesmo tempo coibir arbitrariedades ilegais por parte do Estado, quando decide acerca da prisão. Vejamos o que diz o artigo 5º, inc. LXI, da Constituição Federal:

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:

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; [...]

Em observância ao inciso LXI, do referido artigo, a Constituição permite o instituto da prisão no caso de flagrante delito, ou seja, a permissão da prisão sem que haja a ordem do Judiciário, no exato momento em que há a infringência de algum direito vindo a conduta a configurar crime. A Lei Maior garante a liberdade de qualquer pessoa ou algum agente de segurança poder intervir efetuando a prisão do indivíduo flagrado.

2.2.2 DA CLASSIFICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

O Código de processo penal no seu artigo 301, realiza uma divisão com respeito aos indivíduos responsáveis de efetuar a prisão, levando em consideração a necessidade de sua realização, vejamos o que expõe o artigo: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

A doutrina, na análise sistemática deste artigo, classifica em duas modalidades a prisão flagrante, nos quais seria: flagrante obrigatório e flagrante facultativo.

No flagrante obrigatório o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante não possuindo a discricionariedade sobre a conveniência de realizá-la ou não. Nestecaso a autoridade responsável é o policial militar, ou agente de segurança, sobre o qual ele se encarrega de realizar a prisão do criminoso que é flagrado cometendo o crime, sob pena de responder por infração disciplinar e prevaricação, se houver sentimento ou interesse pessoal.

Já o flagrante facultativo, consiste na faculdade de efetuar a prisão ou não do agente, de acordo com os critérios de conveniência. A presente situação se aplica a qualquer cidadão que transita no momento da ação criminosa, podendo ele efetuar sua prisão, tendo condições para tal.

2.2.3 DAS SITUAÇÕES DO FLAGRANTE

O artigo 302 do Código de Processo Penal nos seus incisos, enumera os tipos de flagrante existentes. Vejamos a redação do artigo 302:

Art. 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 - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Tendo por base o artigo mencionado acima, analisemos as situações descritas nos seus incisos.

2.2.3.1 Flagrante próprio

Os incisos I e II, descrevem duas situações de flagrante, no qual a doutrina afirma serem situações próprias ou reais do flagrante. No inciso primeiro, tem-se real hipótese de flagrante, no qual a pessoa é pega cometendo o delito, e vejamos este exemplo: A é preso no momento em que efetua disparos em B, neste caso se encontra presente a imediatidade do flagrante, possibilitando a realização da prisão. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 725).

No inciso II, se considera próprio o fato de o crime não mais ser cometido no momento, mas acabou de ser praticado. A peculiaridade que difere das situações dos incisos III e IV, pois nesta modalidade o agente acabou de cometer o delito mas se encontra no local do fato, como por exemplo, vizinhos ouvirem som de disparos no interior da residência ao lado, e no exato momento após o ato, avistam o marido que acabou de matar a mulher. Nesta situação, o flagrante se considera próprio, pois o agente acabou de cometer a ação, e ainda se encontra no local do ocorrido.

É necessário que, no momento em que o agente é visto ou encontrado no local do crime, haja indícios suficientes que comprovem a sua autoria. Neste caso o autor é encontrado ao lado da vítima com uma arma de fogo em punho, por exemplo, ou ter confessado o crime à polícia quando esta chegou no local. Havendo tal conduta, o infrator é preso em flagrante.

2.2.3.2 Flagrante impróprio ou Quase flagrante

Esta modalidade prevista no inciso III, se classifica por ter presente o elemento perseguição, ou seja, o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 725).

O crime foi praticado, o agente não se encontra mais no local do delito, mas é perseguido ou por policiais, ou pessoas que presenciaram a ação. Podemos usar como exemplo a seguinte situação: A coloca sua bolsa no balcão de uma loja para efetuar o pagamento, no exato momento, B rouba a bolsa e sai correndo, esta ação é presenciada

pelo segurança da loja que persegue B e efetua a sua prisão. A situação se enquadra como tal modalidade ora analisada, o agente logo após praticar a conduta criminosa é perseguido e preso.

Importante ressaltar que não há prazo para que se efetue a perseguição do agente e a perseguição inicia-se logo após a prática da conduta ilegal. A expressão “logo após” indica que não pode haver solução de continuidade entre o cometimento do delito e o início da perseguição. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 725).

A lei não formaliza o tempo em que a perseguição deve ser efetivada para se adequar ao inciso III, a perseguição pode perdurar entre horas e até dias, podendo ela ser ininterrupta, desde que os policiais ou responsáveis pela prisão estejam o tempo todo em diligência e à procura dos criminosos.

2.2.3.3 Flagrante Presumido

Esta modalidade se encontra prevista no inciso IV, no qual a particularidade deste tipo de flagrante é a presunção de autoria do crime por parte do individuo quando encontrado com instrumentos, armas, objetos, papéis que poderiam ser usados na conduta criminosa. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 725).

Nesta situação não há perseguição, há a localização do agente, ainda que casual, quando o agente se encontra na posse dos elementos previstos no inciso acima que fortalecem os indícios de ser ele o autor da infração penal.

Tal situação é comum em blitz feita por policiais, nas rodovias e nas estradas, como exemplo hipotético, um agente que, após roubar o carro, é parado em uma blitz e encontrado com o carro roubado, com uma arma de fogo e objetos que não são de sua propriedade, após isto, é encaminhado para a delegacia e é identificado como autor do crime numa localidade próxima e preso.

2.2.3.4 Situações especiais de flagrante

Estas situações especiais, mostram as situações ilegais e que abrangem leis específicas e súmulas do STF que elucidam tais modalidades. Vejamos elas:

a) Flagrante preparado ou provocado

Nesta espécie de flagrante, há a existência de um agente provocador, que induz o agente a cometer o delito, para que o prenda antes da consumação. Em suma, o flagrante provocado é o flagrante por obra do agente provocador, que no caso o instiga a realizar a prática criminosa e efetuar a sua prisão.

Exemplificamos com a seguinte situação: um grupo de policiais militares objetiva prender um certo indivíduo que ainda não foi preso por ausência de provas, então, resolvem aparelhar um meio para prendê-lo e expor à justiça sua figura de criminoso. Um dos policiais passa a frequentar um local também frequentado pelo indivíduo e ambos desenvolvem um vínculo de amizade, a partir deste momento, o policial disfarçado de assaltante o instiga a cometer um assalto a banco, que no momento da execução do assalto, o grupo de policiais a paisana rendem o rapaz e dão a ele voz de prisão antes que se consumasse a conduta. No caso analisado, é explícita a figura do agente provocador, que o instigou e impediu que o crime se consumasse efetuando a sua prisão. (REIS, Alexandre e RIOS, Victor, 2013, p. 454). Esta modalidade se enquadra como crime impossível, segundo o artigo 17 do Código Penal. Na regra processual penal, este tipo de flagrante é considerado nulo segundo a Súmula 145 do STF que estabelece: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação [...]”, vindo este flagrante a ser relaxado pela autoridade judiciária. (SÚMULA nº 145, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

b) **Flagrante esperado**

Nesta espécie de flagrante, não há induzimento ou instigação por parte da polícia, há a motivação dos policiais em virtude da notícia que o crime será cometido, eles vigiam o local e esperam com que o criminoso espontaneamente pratique a conduta delitiva. Por exemplo, um grupo de policiais, em carros disfarçados vigiam um local denunciado pela população, onde predomina a compra e venda de drogas, eles permanecem dentro do carro acompanhando a ação e quando praticada a ação delituosa, saem do carro rendendo todos os criminosos. O elemento caracterizador é a espera dos policiais como vigilância, não existindo a figura do agente provocador como no caso do flagrante provocado. Esse flagrante é válido. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 726).

c) **Flagrante diferido ou retardado ou prorrogado=**

Neste flagrante, não há a ação imediata dos policiais no momento que os criminosos praticam a ação delituosa, pois eles objetivam obter provas mais consistentes sobre a associação criminosa para efetuar a prisão em tempo mais eficaz, objetivando maior eficácia da investigação. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 726).

d) **Prisão em flagrante nos crimes permanentes**

Nesta modalidade de flagrante, o que se encontra peculiar, é a natureza do crime, no tocante à consumação que se protraí no tempo. O crime permanente, vem a ser o tipo de conduta típica que a consumação se prolonga no tempo, temos como exemplo

a extorsão mediante sequestro, no qual é um crime permanente, pois, enquanto a vítima permanece em cativeiro, a ação estará se consumando. O artigo

303 do CPP explana que nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, ou seja, enquanto o ato estiver sendo praticado de forma permanente, o crime se consuma, e se permite neste período a realização da prisão. (SÚMULA 711 do STF).

e) Prisão em flagrante em crime habitual

O crime habitual, compõe uma série de atos que isoladamente, não constituem crime, pois não satisfaz o elemento da habitualidade, que exige a reiteração da conduta no tempo. O entendimento adotado é que é impossível o flagrante no caso de crime habitual, posto que a certeza virtual do cometimento do delito jamais cobriria o conjunto de atos necessários para reiteração de condutas. Haveria apenas percepção de um único ato, que não se considera crime, pois o que se constata é um indiferente penal.

f) Prisão em flagrante nos crimes de ação penal pública condicionada e ação penal privada

Este tipo de flagrante tem sua peculiaridade no tocante ao que está expresso no artigo 5º, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal, no qual afirma:

Art. 5º Nos crimes de ação penal pública o inquérito policial será iniciado:

§4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser realizado;

§5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Conforme visto, somente nesses casos expressos acima, o inquérito será realizado com a representação da vítima, ou a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Como há a possibilidade de qualquer do povo realizar a prisão em flagrante, não há possibilidades de exigir que o leigo conheça quais são os crimes de ação penal pública condicionada e ação penal privada, não é vedada a realização da prisão-captura no momento do delito. Contudo, apresentado o conduzido à autoridade policial, esta não lavrará o auto de prisão em flagrante e, muito menos, recolhe-lo à prisão (prisão

detenção), sem que haja representação ou requerimento da vítima. (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 728).

2.4. FORMALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Para Araújo Reis e Rios Gonçalves (“livro digital, sem paginação”): É o documento elaborado sob a presidência da autoridade policial a quem foi apresentada a pessoa presa em flagrante e no qual constam as circunstâncias do delito e da prisão.

A competência para a lavratura do auto é da autoridade policial do local onde ocorreu a captura, mesmo que esta se dê em local diverso de onde ocorreu o crime, como exemplo, o crime acontecer na região de Belém e, após perseguição, o agente é capturado em Ananindeua, o auto será lavrado nesta cidade. Se no local, é ausente autoridade policial, o condutor deverá apresentar o agente para a autoridade policial no lugar mais próximo.

A lavratura do auto de prisão se dá por meio das seguintes ações previstas no artigo 304 do CPP, vejamos: “Ouvirá o condutor e colherá a sua assinatura, entregando a este a cópia do termo recibo de entrega do preso”

O condutor é o policial militar ou qualquer pessoa que prenda o infrator e o encaminha para a delegacia. O condutor não precisa ter presenciado o crime ou ter feito a prisão do criminoso. O delegado ouvirá o condutor e as testemunhas que acompanharam o caso, pois é necessário o delegado ouvir a oitiva de duas testemunhas, pois serve de elemento de convencimento para a autoridade policial, no sentido de que a prisão-captura efetuada pelo condutor é correta e legítima. Se a autoridade policial entender que as circunstâncias não se enquadram como hipóteses de flagrante, a mesma deve relaxar a prisão e liberar a pessoa que lhe foi apresentada. Realizando a condução do agente ao delegado de polícia, este ouvirá o depoimento exigindo a sua assinatura e a de quem conduziu o criminoso, fornecendo-lhe a cópia do auto; (BADARÓ, Gustavo, 2014, p. 728).

2.4.1 “Alegação da testemunha que presenciou o ato criminoso, ou seja, um terceiro que observou o momento da ação criminosa e posteriormente a sua prisão”;

Neste momento o delegado colherá o depoimento testemunhal do ofendido, é necessário que haja duas testemunhas para depor. É necessário esclarecer que a testemunha de apresentação não se confunde com a testemunha presencial, a primeira depõe sobre o crime praticado e sua autoria, já a de apresentação atesta o fato de alguém ter sido apresentado para a autoridade policial pelo condutor, no qual afirma ser ele autor do delito. (REIS, Araújo e RIOS, Gonçalves, “livro digital, sem paginação”).

Há um entendimento na doutrina de que devem ser ouvidas no mínimo duas testemunhas, caso o condutor tenha presenciado o delito, poderá ser ouvido junto com a primeira testemunha.

Se na lavratura do auto de prisão não houver testemunhas, aplica-se a regra prevista no artigo 304 §2º do Código de Processo Penal, no qual assinará o auto as testemunhas que presenciaram o trabalho do condutor em levar o preso à autoridade policial, e pela regra processual deve ser duas.

2.4.2 Do interrogatório do preso

Nesta fase flagrancial, o preso possui o direito de permanecer calado, sem que isso possa ser interpretado em seu desfavor. Sendo assim, a autoridade fará constar que o mesmo fez uso deste direito, devendo o preso assinar o termo no qual consta que o mesmo optou por não se manifestar.

A impossibilidade de resposta do preso não impede a lavratura do auto de prisão em flagrante, como por exemplo ocorre quando o preso é ferido em perseguição sendo encaminhado ao hospital, impossibilitado de prestar declarações no momento.

É importante salientar que, se o preso solicitar a tempo à autoridade, poderá ser acompanhado, ou se fazer acompanhar de advogado na lavratura do auto de prisão, independente de sua idade.

2.4.3 Da lavratura do auto

Após as alterações feitas pela lei 11.113/05, o auto de prisão em flagrante deixou de ser elaborado em um corpo único, que como um todo foi chamado de auto de prisão em flagrante. Atualmente, a autoridade policial acolhe vários depoimentos, transcrevendo em folha separada, elaborando ao final um termo, declarando as razões da prisão, as circunstâncias de apresentação do preso e as providências tomadas no distrito policial, anexando nos depoimentos prestados.

O indiciado deve assinar a ata, caso impossibilitado de assinar, a autoridade fará com que duas testemunhas de leitura, no qual presenciaram a leitura do auto a preso, o assinem. Haverá outras testemunhas que irão verificar a regularidade de um ato processual, estas são chamadas de testemunhas fedatárias.

2.4.4 Da nota de culpa

Neste documento a autoridade policial dá a ciência dos motivos da prisão ao indiciado, do nome do condutor e das testemunhas. A nota é assinada pela autoridade

e entregue ao preso, mediante recibo no prazo de vinte e quatro horas a contar da efetivação da prisão, regra expressa no artigo 306, §2º do CPP.

Não sendo entregue a nota de culpa ao preso, a prisão deverá ser relaxada por não cumprir a formalidade essencial, possibilitando a liberação do preso. O delegado deverá juntar aos autos a cópia do recibo da entrega da nota de culpa ao preso. O preso recusando a assinar a nota, a autoridade elaborará certidão comprovando tal incidente, no qual deverá ser assinada por duas testemunhas.

2.4.5 Da comunicação da prisão à autoridade judiciária

Após lavrado o auto de prisão pela autoridade policial, o mesmo será encaminhado para a via judicial, para que seja tomada as medidas legais sobre o flagrante.

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o artigo 310 do Código Processual Penal expressa os atos no qual o magistrado deverá adotar ao receber o auto de flagrante, vejamos o que expressa os três incisos:

- I - relaxar a prisão;
- II - converter a prisão em flagrante em prisão preventiva se presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
- III - conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Será esclarecido cada inciso abaixo:

2.4.6 Relaxamento da prisão

Tal instituto se encontra previsto no artigo 5º, LXV da Carta Magna, no qual prescreve que: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. (BRASIL. Constituição de 1988, art. 5º, inciso LXV, Senado Federal “leitura digital, sem paginação”).

Há certas irregularidades que podem possibilitar com que a prisão em flagrante venha ser relaxada, são tais situações:

a) O não seguimento da formalidade do auto de prisão em flagrante, como exemplo estar ausente a oitiva do condutor, ou falta da entrega da nota de culpa.

- b) Inexistência de flagrante. Ex. pessoa presa por muitos dias após o crime.
- c) Atipicidade do fato narrado;
- d) Excesso de prazo da prisão, ou seja, a demora do envio da cópia do auto de prisão à autoridade judicial.

Estas situações de ilegalidade favorecem o relaxamento da prisão em flagrante, colocando o preso em liberdade.

Contra a decisão que relaxa a prisão em flagrante, é cabível recurso em sentido estrito, conforme prevê o artigo 581, V do CPP. Já contra a decisão que mantém o indiciado preso, usa-se o remédio constitucional *habeas corpus*. (BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 581, inciso V, DF: Planalto).

2.5 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA

Estando presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP, o juiz aplica a medida excepcional prevista na legislação processualista, no inciso II do artigo 310, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. O magistrado deve realizar uma análise acerca do grau de periculosidade do indiciado se solto, a gravidade do delito, os antecedentes do preso e a possibilidade da vítima de sentir-se amedrontada em prestar depoimento. (LENZA, Pedro, 2011, "leitura digital, sem paginação").

Conforme redação do artigo 310 do CPP, o juiz só poderá converter em prisão preventiva, se entender que não é suficiente ou adequado a aplicação de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, neste caso a prisão é exceção, enquanto que a liberdade é regra.

2.6 FLAGRANTE FORJADO

Acima abordamos acerca das modalidades de flagrantes existentes na lei processual e sua classificação dada pela doutrina. Nosso enfoque neste tópico será sobre uma modalidade que tem grande relevância neste artigo, que se enquadra numa classificação de flagrante só que ilegal, pois neste, não se encontram presentes os elementos nos quais possibilita a prisão, conforme previsto nos artigos 312 e 313 do CPP, podendo a prisão ser considerada ilegal.

A prisão em flagrante forjada, possui outras nomenclaturas como maquinada, urgida, ou fabricada, ou seja, é criada uma imagem falsa de um crime que não ocorreu, realizando-se a incriminação da pessoa que não praticou nenhuma ação delituosa.

Este tipo de prisão ilegal é comumente praticada por policiais militares, ou por particulares, que muitas vezes motivados por vingança ou outros motivos, fabricam provas ou fatos de um delito inexistente, incriminando seu inimigo ou desafeto, para que sofra prisão injustamente.

Em outro vértice, só haverá crime para aquele que maquinou o falso fato criminoso, forjando existência de prova contra terceiro que foi prejudicado, possibilitando a responsabilidade do que causou o falso flagrante pelo crime de abuso de autoridade, denúncia caluniosa, etc.

Temos como exemplo um fato ocorrido no Rio de Janeiro. Policiais realizavam revistas em pessoas pertencentes a grupos de manifestações populares e políticas, um dos policiais se encontrava com um rojão na mão. Segundos depois, vinha outro grupo de jovens manifestantes que foram parados imediatamente pelos policiais e revistados, um dos jovens recebeu a ordem de virar de costas para a realização da revista, no momento, o policial que portava o rojão, jogou o mesmo no chão por traz da mochila do manifestante, maquinando a situação de que o objeto caiu da mochila do rapaz, após isso os policiais prenderam injustamente o jovem.

Vemos neste exemplo a conduta injusta e arbitrária dos policiais, no qual não encontraram nada de ilegal no manifestante, e para o incriminá-lo urgiram uma situação falsa com o intuito de prendê-lo e adequá-lo na figura de infrator da lei.

Convém destacarmos a jurisprudência do tribunal de Justiça do Estado do Pará, sobre o fato de uma prisão ser ilegalmente praticada, por fatos falsos de crime. Vejamos:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE FORJADO. HOMOLOGAÇÃO DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PELO JUÍZO SINGULAR. PRESUNÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE MÁCULA CAPAZ DE INFIRMAR A ATUAÇÃO DOS POLICIAIS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA POR ESTAR MAIS PRÓXIMO DOS FATOS EM APURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA SOBRE A TESE DE PRISÃO EM FLAGRANTE FORJADA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. ANÁLISE DOS ATOS DE FORMA GLOBAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. POSSIBILIDADE DE

RELATIVO ATRASO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. HOMOLOGAÇÃO DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. NÃO CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. DESOBEDIÊNCIA À NORMA JURÍDICA PREVISTA NO ART. 310, II DO CPP. MARCHA PROCESSUAL NA FASE DE INSTRUÇÃO CRIMINAL. PACIENTE SEGREGADO HÁ MAIS DE 06 (SEIS) MESES SOB O TÍTULO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE MAGISTRADO SINGULAR PROCEDA A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, CASO ESTEJAM PRESENTES OS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEJAM INADEQUADAS OUa1 INSUFICIENTES AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO, OU, EM CASO CONTRÁRIO, CONCEDA LIBERDADE PROVISÓRIA DO PACIENTE, CONSOANTE INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 310, INCISOS II E III, DO MENCIONADO CODEX. WRIT CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. DECISÃO UNÂNIME.(TJ-PA - HC: 00018324820128140401 BELÉM, Relator: VERA ARAUJO DE SOUZA, Data de Julgamento: 01/10/2012,CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 03/10/2012)

Nesta jurisprudência, o renomado magistrado ressalta a especialidade da prisão em flagrante no tocante à sua efetivação, citando o artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, no qual afirma que a validade da prisão só se dá quando presentes os requisitos do artigo 312 do mesmo diploma legal, fazendo assim com que, seja apontada a autoria do agente e tornado legal a prisão.

Na mesma decisão, houve o reconhecimento de que não houve ação legal por parte dos policiais, há suspeita de ter ocorrido um flagrante maquiado no qual os policiais responsáveis pela prisão inventaram uma situação falsa de crime para incriminar o indivíduo e resultar na sua prisão ilegal. Há o reconhecimento de constrangimento ilegal produzido pelo fato de o agente ter sido preso e até agora não se provado que o mesmo foi culpado, isto ao mesmo tempo lhe causando danos no seu direito de ir e vir e colocando em risco a sua dignidade humana.

O que vem à tona em uma prisão em flagrante forjada, é os danos que podem ser causados no cidadão que sofre este tipo de ilegalidade, muitas das vezes o cidadão que é de bons antecedentes, não coloca em risco a sociedade, pratica o bem social, e é rico em possibilidades de ser uma pessoa útil socialmente. Muitos podem ser os danos causados ao cidadão por ser-lhe imputado um crime não feito, danos esses físicos e morais, trazendo constrangimento não só a ele como também a sua família.

O que se muito discute no caso concreto, é a carência de provas do flagrante forjado, pois, no momento dos procedimentos judiciais mais se aprecia o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão, do que a do indiciado, não podendo o mesmo provar que foi preso injustamente ou de que não estava no crime. Um exemplo comum, é a situação de uma pessoa ser parada na rua pela polícia, e no momento da revista ser inserida papéletes de cocaína no bolso do revistado e o mesmo ser preso por crime de tráfico. Na formalidade do flagrante se colherá o depoimento dos policiais, provando que o mesmo se encontrava em posse da droga, mas não há uma possibilidade de prova em contrário, no momento da alegação do preso, em que comumente, após a prisão, mesmo ilegal, é considerado como criminoso.

Vale ressaltar nesta modalidade de flagrante, muitas vezes o despreparo das autoridades que são responsáveis por este tipo de prisão, e o abuso do poder pelos policiais, no qual querem de algum meio fazer a ação policial se mostrar bem sucedida, e geralmente quando ações como essas são cometidas em locais de baixa escolaridade e onde predomina o crime.

O remédio processual para sanar esta ilegalidade, segundo a legislação processual penal, é o relaxamento da prisão em flagrante, podendo ele ser *ex officio*, conhecido imediatamente pelo juiz, ou por meio de habeas corpus, remédio constitucional, no qual se vê a liberdade do indivíduo sendo cerceada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nossa Carta Magna, juntamente com a legislação vigente, tem garantido que as prisões só podem ser efetuadas, quando se enquadra nos requisitos legais enumerados pela lei, fazendo com que o Estado não venha punir ou cercear a liberdade do indivíduo de forma arbitrária ou injusta.

A prisão em flagrante, vem a ser o tipo de prisão no qual a nossa constituição com o endosso da legislação processual penal, aplica a detenção, quando o indivíduo se encontra realizando condutas autorizadas para a sua prisão, podendo o Estado realizar o *jus puniendi*, para tal conduta.

Não havendo os requisitos autorizadores da prisão, não há de se falar em pena, pois ninguém é preso sem provas, sem objetos que façam presumir a autoria do crime, e sem confirmação concreta de que o agente é culpado, pois, vivendo em um Estado Democrático de Direito, a lei não dá margem à arbitrariedades e decisões injustas que coloquem a liberdade e a dignidade do indivíduo em risco.

A prisão forjada, como vimos, é a inversão da regra que a lei prescreve, saindo dos meios democráticos e legais, para a conduta arbitrária, autocrática, ilegal de que representa o poder do Estado, violando os princípios constitucionais da liberdade e da dignidade, podendo o indivíduo ser preso ou punido por algo que não fez e não praticou.

Acredito que com a reforma dos órgãos públicos de segurança, a começar do próprio Estado, vindo a ser cumprida a lei, respeitado os princípios constitucionais elencados em nossa carta magna, e fazer cumprir o que a lei expressa independente de classe, seguimento, cor e qualquer outra característica humana, teremos o bom andamento das instituições e a conquista da harmonia social.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 13 de nov. de 2016.

_____. Decreto Lei. nº 3.689, de 3 de outubro de 41. **Código de processo penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em 13 de nov. de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Súmula nº 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=145.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acessado em 1 de nov. de 2016.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PARÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **HC: 00018324820128140401**, Relator: VERA ARAUJO DE SOUZA, Data de Julgamento:01/10/2012, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 03/10/2012. <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/344558076/habeas-corpus-hc-8324820128140401-belem/inteiro-teor-344558087>>

LENZA, Pedro. Prisão Provisória. **Direito processual penal esquematizado.** Autores do artigo: GONÇALVES, Eduardo e REIS, Alexandre. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

RALPH PEREIRA DE MORAIS:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus-
CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a constitucionalização do direito de Família e seus reflexos jurídicos. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a qual foi possível reunir livros e monografias com seus respectivos autores, permitindo fazer um debate sobre a temática ora em destaque. A pesquisa se justifica por discutir sobre o Direito de Família e sua constitucionalização, atravessando novos conceitos e novas características de laços familiares como sujeitos de direito. Dividiu-se o estudo em 04 itens chaves, quais sejam, origem e evolução da família; a constitucionalidade do direito de famílias; as novas configurações familiares e; o afeto como elemento para a constituição familiar.

Palavras-chave: Constitucionalização; Família; Reflexos jurídicos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA - 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA - 4. AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES - 4.1 FAMÍLIA HETEROSSEXUAL FORMADA PELO CASAMENTO - 4.2 FAMÍLIAS DE UNIÕES ESTÁVEIS - 4.3 FAMÍLIAS DE UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS - 5. O AFETO COMO ELEMENTO DETERMINANTE DAS RELAÇÕES FAMILIARES. - 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Toda a sociedade encontra ou deveria encontrar na família natural seu ponto de partida. A família é, sem sobra de dúvidas, a célula-mãe da sociedade; é o espelho sem o qual a sociedade não poderá prosseguir seu caminho rumo ao bem comum. A família é a base da sociedade, como prescreve o artigo 226 da Constituição Federal Brasileira

Tem-se em mente o seguinte: uma família constituída à luz de princípio morais sólidos fará de seus membros cidadãos de primeira categoria, ao passo que uma família destituída desses princípios legará aos seus integrantes vícios de toda a natureza.

Já se disse que o homem é produto do meio onde vive. Pois bem, nascendo e se criando em uma família solidamente constituída, dotada de invejáveis princípios morais, esse homem, provavelmente, será um elemento útil à sociedade e, graças ao aprendizado recebido, poderá repassá-lo aos seus filhos, netos e, quiçá, bisnetos

Por tudo isso é que o núcleo familiar é de significativa importância para o ser humano. É claro que, às vezes, um indivíduo mesmo recebendo toda essa carga de bons conceitos acaba se perdendo e seguindo caminhos tortuosos, perigosos, imorais e ilícitos, mas essa é a exceção à regra geral.

Ressalta-se que a constitucionalização da família se contrapõe exatamente contra a discriminação e a inflexibilidade que antes era imposta pela lei civilista. Denotando-se, portanto, que há um tratamento jurídico interpretado à luz da Constituição Federal.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família, historicamente, desempenhou um papel fundamental na sociedade, como célula básica na composição de um corpo.

Entretanto, a evolução jurídica da família, vem ocorrendo desde os tempos de Roma. A família romana assentava no poder incontestável do pater famílias, senhor máximo que detinha "tudo e todos": os filhos, que deveriam submeter-se as suas escolhas profissionais e amorosas; a mulher, destinada ao lar, aos muros da casa, e os escravos; enfim, ele podia dispor livremente das pessoas e dos seus bens.

Posteriormente, a organização jurídica da família sofre a influência do Direito Canônico, onde, para o Cristianismo, a família deve fundar-se no matrimônio. A forma solene, o princípio do consensualismo, a forma mais favorável da mulher na sociedade conjugal, a indissolubilidade do vínculo do casamento, conservada em algumas legislações contemporâneas são marcas deixadas pela força da igreja católica.

Mais tarde, a influência da Escola do Direito Natural, altera, profundamente, a estrutura tradicional da família. A característica patriarcal e sua finalidade política são combatidas, e surge a organização igualitária na família.

Perrot (2005), historiadora francesa, argumenta que no lugar dos princípios familiares que herdamos do séc. XIX, uma nova forma de família está a caminho: "a que tenta conciliar a liberdade individual com os laços afetivos do velho lar."

O casamento atual requer constantes negociações, uma vez que a mulher conquistou espaço junto à sociedade, ela não mais se submete a cozinhar, passar, lavar e cuidar da educação dos filhos, como antigamente. Ela quer estudar e trabalhar. Nesse aspecto, vale ressaltar a importância da Lei do Divórcio.

A hierarquia familiar que apontava o homem como chefe da sociedade conjugal não mais existe, graças à promulgação da Carta Magna em 1988.

As mudanças comportamentais que vem se operando nas uniões conjugais, revelam um convívio mais harmonioso, em detrimento da relação de poder de mando, unilateral que havia.

A legitimação da União Estável através do art. 226, parágrafo 3. da Constituição Federal foi uma das inovações introduzidas no Direito de Família: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 1988).

Nas camadas mais jovens a primeira opção de vida conjugal passou a ser o companheirismo. Segundo Dias (1998) estas uniões se firmaram nos valerosos sentimentos mútuos de cada um em relação ao outro: no amor, no respeito, na afeição, na compreensão, na solidariedade, na confiança, no auxílio maternal e moral, na fidelidade, enfim sentimentos que vinculam duas pessoas para a vida em comum.

Observa-se que não é a família que está sendo banida da sociedade, mas sim, a forma rígida e engessada como ela se apresentava no séc. XIX. O calor de uma casa, de um lar, um abrigo seguro, uma proteção todos desejam. O que as pessoas desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com as liberdades individuais. Essas novas famílias estão sendo construídas no dia a dia, buscando mais igualdade de idade, sexos, mais flexibilidade, menos regras

O ideal para a família do terceiro milênio seria conservar os aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e amor.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família enquadra-se em um dos ramos do Direito Civil no qual disciplina a formação, organização e extinção das relações familiares e seguindo a sistemática do nosso código tem seu assento no Direito Privado, segundo Oliveira e Muniz.

Entretanto, existe outra corrente de doutrinadores que entende de forma diversa, aduzindo que o Direito de Família deveria se enquadrar em um ramo autônomo, próximo ao Direito Público.

Esta corrente é minoritária, pois no Direito de Família existe o interesse individual a ser regulado e este possui maior importância, já que tudo ocorre no seio familiar, sem ter uma dependência com um ente superior, o Estado.

Compreender a evolução do Direito de Família deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que nos conduz a conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização destas relações e, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação.

O desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos.

A busca de respostas aos conflitos nas famílias leva-nos a perceber a realidade e a diversidade social brasileira, predominando as disparidades intensas entre os aspectos culturais, econômicos e sociais. O policulturalismo, característico de nossa sociedade, representa um grande desafio para os intelectuais por representar um verdadeiro laboratório da pós-modernidade.

A organização familiar está sempre vinculada à mudança, entretanto, o tratamento auferido pelo Direito brasileiro às relações familiares ficou, durante muito tempo, alheio ao processo de transformação das relações de família e de suas necessidades. Foi preciso criar um novo paradigma, instituído pelo modelo constitucional, que operou uma substituição ao modelo consagrado pelo Código civil de 1916. Este último, centrado no individualismo, caracterizou-se pelo predomínio do patriarcado e da proteção às relações patrimoniais oriundas da relação conjugal matrimonializada. A proposta constitucional revolucionou o tratamento jurídico das relações familiares.

Na sociedade brasileira dos últimos anos, em virtude de diversos fatores, especialmente, o ingresso massivo da mulher no mercado de trabalho resultou na redefinição dos papéis feminino e masculino na gestão da vida familiar. Houve preocupação com o diálogo e a divisão de tarefas, fato que estimulou transformações importantes, tanto nas relações entre os cônjuges ou companheiros quanto nas relações entre pais e filhos. Esta nova realidade deu origem a um processo de democratização das relações interindividuais, fruto da transformação de valores e princípios relativos à vida afetiva e familiar.

O modelo de família nuclear permanece dominante, mas já não há um único modelo ocidental de família, posto que o plural se impõe e essa pluralidade enseja, paradoxalmente, o exercício de igualar e diferenciar, em diversos momentos, o homem e a mulher, levando em conta as peculiaridades dos conflitos de família ora judicializados. A reivindicação e o reconhecimento dos direitos de igualdade, respeito à liberdade e à intimidade de homens e mulheres, assegura a toda pessoa o direito de constituir vínculos familiares e de manter relações afetivas, sem qualquer discriminação.

A pluralidade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, instituído pelo casamento. Aceitar que outras formas de

relação merecem, igualmente, a proteção jurídica implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade que vem personificar a sociedade pós-moderna.

Fachin (2012) descreve este novo Direito de Família como sendo:

“...o Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo”.

A noção de afeto pode parecer vaga e imprecisa, mas suas manifestações podem revestir diversas realidades envolvendo cônjuges, companheiros, amantes, pais e filhos e, essas relações envolvendo ainda, outros indivíduos. Mesmo sendo difícil penetrar na esfera subjetiva do ser, é possível que o Direito venha a demonstrar sensibilidade às questões afetivas, suas irrupções, seus excessos, buscando reparar situações, proteger aqueles que foram maltratados em suas relações de afeto.

4. AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

4.1 FAMÍLIA HETEROSSEXUAL FORMADA PELO CASAMENTO

A Constituição Federal de 1988, quando buscou contemplar uma nova concepção familiar tratando da diversidade das entidades familiares, da união estável, da família monoparental e da família adotiva, não deixou de dar ênfase ao casamento civil, principalmente quando estabeleceu a controvertida possibilidade de conversão de união estável em casamento, prevista no § 3º do artigo 226 do texto constitucional

Paradoxalmente, percebe-se que na medida em que o texto reconhece a união estável como entidade familiar, ordena ao Estado que facilite sua conversão em casamento, na intenção de normalizar as uniões lastreadas na informalidade. Aqui reside uma evidência que comprova a dicotomia entre duas correntes: uma que reconhece e tutela a pluralidade de formas de constituir família; e outra que pretende transformar em casamento as uniões livres e estáveis.

Conquistado o reconhecimento constitucional das relações afetivas de fato, percebe-se que não houve a intenção de se manter uma hierarquia ou estabelecer discriminações a uma ou outra forma de manifestação de vida familiar. Houve, sim, o reconhecimento de outras formas de conjugalidade, quebrando-se a supremacia da família matrimonializada.

Uma redefinição nítida dos papéis conjugais nos últimos anos estimulou a busca da divisão das responsabilidades entre marido e mulher, além de um maior equilíbrio na relação. A família matrimonializada de hoje apresenta-se e desenvolve-se a partir de uma modalidade de co-gestão, onde os interesses comuns e individuais dos cônjuges e dos filhos devem ser buscados e conquistados conjuntamente.

A igualdade entre os cônjuges, inscrita no § 5º do artigo 226 do texto constitucional, bem como a isonomia entre todos os filhos, afirmada no § 6º do artigo 227, devem ser consideradas como marcos fundamentais da reforma do Direito de Família, ficando demonstrada a superação do modelo patriarcal clássico, concebido na codificação civil.

O casamento tem em sua base o ato de vontade que se exprime por meio do consentimento livre pelo qual cada um dos cônjuges se compromete publicamente com o outro, daquele dia em diante. A solenidade que compõe o rito nupcial tem simbolismo e adquire caráter público, pelo fato de que o compromisso dos cônjuges se define pelo estabelecimento de uma comunidade de vida e pelo respeito aos direitos e deveres recíprocos, que vinculam os cônjuges, a partir do casamento.

A relação conjugal encontra seu fundamento na manutenção da vontade dos cônjuges em permanecerem juntos e dar continuidade ao projeto de vida comum. A existência de filhos do casal deixou de ser função essencial do casamento, podendo ser uma consequência natural, não mais o motivo primeiro do casamento.

A eventual quebra do afeto mútuo retira o significado da união que, muitas vezes, é acompanhada de um sentimento de perda ou fracasso. Depreende-se dos novos princípios que o casamento não está em decadência, mas simplesmente transformou-se e fortaleceu-se como uma comunidade afetiva vocacionada ao crescimento individual e do grupo familiar. As relações na família matrimonializada tornaram-se mais autênticas, embora possam apresentar a tendência de serem mais efêmeras, haja vista o incremento das separações e dos divórcios.

O respeito à autonomia dos indivíduos passa a ter papel preponderante na escolha da solução aos conflitos familiares, no respeito à liberdade e intimidade dos envolvidos. No processo de resolução dos conflitos, reconhece-se o direito ao descasamento,

restabelecendo maior liberdade aos cônjuges para pôr fim ao contrato de casamento, segundo suas conveniências e interesses.

Nesse sentido, o papel inovador que vem sendo atribuído à mediação nos conflitos de família, a fim de possibilitar aos cônjuges a oportunidade de restabelecer o diálogo e construir a solução mais apropriada a seus problemas e evitar os longos e desgastantes litígios judiciais. Entretanto, se um certo formalismo para os desenlaces ainda parece necessário, a permeabilidade para o diálogo e acordo dos envolvidos parece mais conveniente à dinâmica das relações conjugais.

O afeto passa a ter relevância para o Direito e transforma-se em um elemento importante tanto para a continuação, quanto para o desfazimento das relações conjugais, quando fraturado o vínculo afetivo. Separações, divórcios, dissoluções de uniões estáveis também fazem parte da dinâmica incessante das relações entre os indivíduos, tendo em vista que envolvem os mais complexos e instáveis sentimentos. Igualmente, em virtude da valorização do afeto e a busca da realização individual, as rupturas das uniões formais ou informais devem ser desdramatizadas, não mais fundadas na noção de culpa, mas, ao contrário, incorporando a noção de ruptura do vínculo afetivo.

As palavras de Pereira (2020) são reveladoras do despropósito de verificação de culpados pelo fim do casamento:

“É exatamente por procurarmos um culpado pelo fracasso de nossa relação que nos impedimos de pensar as outras possibilidades de vida, as quais não estão exatamente no campo da objetividade. O Direito de Família não pode mais ignorar que a subjetividade permeia praticamente todas as suas questões, com as quais lidamos no dia a dia.”

A pluralidade de formas de constituir família impulsiona de certo modo a revalorização do casamento atribuindo um novo sentido à relação baseada na igualdade conjugal e na relevância dos laços afetivos, no compromisso assumido e pactuado pelos cônjuges, quando da solenidade que os uniu.

O casamento, mantendo seu espaço e interesse no cenário familiar, deverá, entretanto, existir sem se confundir com a relação informal, ou seja, a união estável.

4.2 FAMÍLIAS DE UNIÕES ESTÁVEIS

A abertura de horizontes no novo Direito de Família surgiu a partir do enfrentamento de realidades que foram habilmente enclausuradas no sótão do esquecimento e da negação. A inclusão das uniões de fato no ordenamento jurídico

brasileiro vem a comprovar a aceitação de outras realidades e a necessidade de reavivar e dar novas cores ao campo jurídico.

A mudança na forma de perceber a união estável, lastreada na informalidade, serviu para concebê-la enquanto uma entidade familiar, um modo alternativo ao casamento, como manifestação da liberdade dos companheiros em viver juntos. Essa ruptura para o plural é descrita por Fachin (2012):

“Espaços de não-direito geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera transformação naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém. Lacunas convertem-se em regras. Foi o que ocorreu com o concubinato. No contexto da família, a concepção matrimonializada forma um espaço de não-direito, mas a produção de relações sociais nesse espaço acabou gerando uma certa imposição, e o que está na “dobra” do Direito passou, gradativamente, a ocupar parte do núcleo no modelo plural de família”.

A expressão “união estável” foi escolhida pela Constituição Federal de 1988, substituindo o sentido preconceituoso e moralizador da expressão concubinato. A denominação concubinato, imbuída de um sentido pejorativo, de relação hors la loi ou clandestina estigmatizava, especialmente, a mulher designada concubina

A união estável passou a receber status de família no Direito brasileiro em 1988, mas esse fato foi antecedido por uma vasta construção jurisprudencial que teve o efeito de preparar e fixar as bases para o reconhecimento jurídico.

Mesmo com o reconhecimento constitucional, a promoção de união estável enquanto relação familiar sofre resistências e gera divergências marcantes e presentes tanto na formulação doutrinária quanto jurisprudencial.

As maiores dificuldades se encontram na análise dos fundamentos dessa união, no tempo de sua duração, na existência de impedimentos matrimoniais entre os companheiros, na possibilidade de conversão em casamento, nos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente, entre outras questões que dividem e criam uma sensação de fluidez de conceitos. A contradição está, justamente, em querer aprisionar ou apreender uma realidade que se afirma pelos fatos e manifestações externas, não necessariamente comprováveis ou revestidos de aspectos formais, como seria o caso, de formalização de contrato entre os companheiros.

Como modo alternativo ao casamento, a família formada pela união estável ocupa, igualmente, um grande espaço no palco da vida familiar brasileira. Portanto, esta relação não rivaliza com o casamento e nem sempre é fruto de uma opção livre do casal. Ela pode vir a ser uma contingência que atinge muitas pessoas economicamente desfavorecidas, tendo em vista que a gratuidade dos casamentos civis, embora prevista constitucionalmente e incluída em disposição do novo Código Civil, na prática, não só continua onerando os contraentes em virtude da necessidade de publicação de editais, e ainda, lamentavelmente, submete o indivíduo à declaração de pobreza, situação humilhante e discriminatória.

Contrariamente, nas camadas mais abastadas da sociedade brasileira, a escolha pela união informal parece representar a expressão livre de um ato refletido e pleno da afirmação de liberdade, de modo que o “velho” modelo previsto pelo casamento não se imponha.

A escolha pelas uniões informais tende a aumentar, não constituindo mais uma ofensa aos costumes e valores de uma sociedade que observa a tolerância e o respeito à intimidade das pessoas. Viver juntos, sob um mesmo teto, passa a significar viver em família.

4.3 FAMÍLIAS DE UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS

A aceitação recente das uniões afetivas entre iguais no âmbito do Direito de Família representa uma nova face do conceito de cidadania, transpondo a barreira do interdito, buscando a afirmação da diferença a partir da manifestação da liberdade de expressão e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A eliminação das discriminações inscritas nas normas jurídicas leva à universalidade do Direito.

A homossexualidade, não sendo mais considerada uma doença e não constituindo um crime, progressivamente vem sendo aceita e reconhecida em lei, nos países democráticos. As relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo constituem uma realidade vista e reconhecida em muitos lugares. A visibilidade abriu o caminho para a aceitação.

Sobre as uniões estáveis homossexuais, também denominada relação homoeróticas ou homoafetivas, sabe-se que a possibilidade de reconhecimento jurídico destas relações emerge nos anos noventa, com maior expressão e visibilidade a partir dos movimentos mundiais defensores da causa homossexual

De certo modo, o impulso a essa reivindicação se deu em decorrência da propagação da AIDS, que abriu espaço para pensar em proteger essas relações consideradas, “fora da lei e contra a natureza”, evitando-se, deste modo, a precariedade

das uniões e a situação frágil daqueles que se viam abandonados ou isolados, após a morte do(a) companheiro(a).

A inserção recente das uniões entre iguais teve maior expressão em alguns países europeus. Entre aqueles que editaram lei especial para as referidas uniões, destacam-se: Dinamarca, Lei nº 372, de 27 de junho de 1989; Noruega, Lei nº 32, de abril de 1993; Suécia, Lei nº 1994.1117, de 23 de junho de 1994; Islândia, Lei nº 87/1996 de 1996; Bélgica, Lei de 23 de novembro de 1998; França, Lei nº 99-944, de 15 de novembro de 1999; e Holanda, Lei nº 26.672, de 21 de dezembro de 2000.

Nos tempos atuais, a elaboração de leis protegendo as uniões homoafetivas constitui o resultado de reivindicações relacionadas diretamente com os movimentos emancipatórios que envolveram a discussão pela igualdade, a não discriminação em função de sexo, idade e orientação sexual, a partir da ruptura com os dogmas religiosos sobre casamento e sexualidade. A gradual aceitação dessas relações por parte da sociedade demonstra a observância do princípio da tolerância, do respeito ao direito de liberdade e à intimidade dos indivíduos.

No Brasil, essa reivindicação é muito recente e gera grande controvérsia no que se refere ao seu tratamento no âmbito do Direito de Família. Mesmo havendo grande resistência ao reconhecimento destas uniões no meio jurídico, alguns juízes têm tratado de maneira inovadora essa questão e vêm atribuindo efeitos jurídicos a tais relações. Nesse sentido, podemos citar Maria Berenice Dias (2011), que argumenta:

“O Estado, para opor-se ao reconhecimento das relações não vincadas pela diversidade de gênero dos parceiros, alega que a família heterossexual é a base da sociedade moderna. Nega sua proteção à união homossexual sob o fundamento de que desvalorizaria o sentido social do sexo, tido como o fim da vida familiar”.

Nesse caso, aduz a autora que a diversidade de sexos não constitui requisito que exclua o reconhecimento da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo, desde que a convivência seja duradoura, estável, pública e baseada nas relações de afeto. Toda a formulação feita à união estável heterossexual se aplicaria, então, à união entre pessoas do mesmo sexo.

Noutro sentido, Roger Raupp Rios (2001) destaca:

“A atualização do Direito de Família hoje exigida pela realidade social requer, além da superação do paradigma da família institucional, o

reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas, que alcançam não só a citada “família fusional” mas também, a família pós-moderna”.

Se a escolha legislativa fosse a de reconhecer o status familiar das uniões homoafetivas, portanto, como conseqüente, estaria diretamente compreendido o direito de constituir vínculos de filiação, seja através da adoção, ou por meio de recurso às modernas tecnologias reprodutivas, denominadas técnicas heterólogas, quando necessária participação de uma terceira pessoa para geração do filho.

5. O AFETO COMO ELEMENTO DETERMINANTE DAS RELAÇÕES FAMILIARES.

A Constituição Federal Brasileira implantou o sistema unificado de filiação, reestruturando a família até então disciplinada pelo Código Civil e algumas leis esparsas, a verdade estabelecida pela presunção *pater is est*.

O verdadeiro sentido das relações pai-mãe-filho transcende a lei e ao sangue, não podendo ser determinada de forma escrita, nem comprovada cientificamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são “invisíveis” aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não têm os olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem alguém um “pai”: os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo.

A família sociológica é a família onde predominam os laços de afeto e solidariedade entre pais e filhos, e essa situação passa a ter, enfim, para o mundo jurídico, uma significação. Com isso, a vida impõe avanços na estrutura das leis, fazendo com que o mundo de fato as supere e se distancie. A norma fria precisa perceber que é necessária uma transformação geral, visando as necessidades do ser humano. Mesmo que de forma lenta, tal noção vem a ser concebida, num primeiro momento, um pouco intuitivamente, para, num segundo momento, reivindicar-se uma posição clara da doutrina e da jurisprudência sobre o seu papel no sistema de estabelecimento da filiação.

O conceito de paternidade não se restringe mais ao ato da procriação; há a necessidade de outro elemento, caracterizado pelos laços de afeto.

A paternidade passa a ser não só ato físico, mas principalmente, ato de opção, entendida como uma intensa relação amorosa, de autoadoção e de gratuidade. Bottura (1994): “salienta a importância dos pais demonstrarem afeto e ternura, que são características humanas. O afeto é muito importante, na formação da personalidade, porque é à base da segurança, da auto-estima.”

A primeira necessidade do ser humano é sentir-se aceito e protegido. A criança, quando nasce, necessita sentir calor humano para que perca o medo e a insegurança que seu nascimento gerou, pois saímos de uma situação protetora, o útero materno, e entramos num mundo novo e desconhecido, cheio de ruídos, cheiros e luz.

A criança precisa sentir que pertence à sua família, e somente consegue ter essa sensação se dos pais vier a proteção, manifestada através do afeto e de outros cuidados inerentes entre pais e filhos.

A criança que tiver suas necessidades adequadamente supridas nos momentos certos viverá melhor seu presente e caminhará para um futuro com grandes possibilidades de ser saudável e feliz.

O “direito à filiação” deveria ser dado aos filhos e não aos pais que, muitas vezes apenas assumem o “dever da filiação”, ou seja, por imposição legal, e não por opção própria, se obrigam a prestar alimentos e a visitá-los, sem que haja a menor relação de carinho entre ambos. Tais situações podem trazer prejuízos ao desenvolvimento dos filhos. Alguns encontram nas drogas um excelente elemento de protesto, não percebendo que esta atitude é tão destrutiva ou até pior para si quanto a falta de afeto e ausência de um dos pais.

Para entendermos o universo complexo das relações familiares, Wimer Bottura Junior (1994) afirma que:

“Os pais precisam dos filhos. Não para satisfazer as expectativas sociais, mas sim, para tê-los como objeto de seu afeto e responsabilidade. Na verdade, pai e filho precisam um do outro e é maravilhoso quando ambos percebem e sentem que um complementa a existência do outro. Complementar é se confirmar como ser humano ao gerar uma vida. Eu só vou tocar, ficar e brincar com meu filho porque é bom pra mim e para ele. Esta é a verdadeira troca na relação pai-filho.”

Pode-se indagar a respeito de qual argumento que, sendo legítimo, poderia justificar não se considerar como pai aquele homem que ama, que educa, alimenta e protege uma criança, fazendo transparecer a todos que é o pai, tendo em vista que assume pacificamente a função do genitor. E, além do mais, acrescenta-se que a situação de segurança e de paz que a criança usufrui não deveria ser, voluntária e abruptamente quebrada, através de uma contestatória de paternidade ou reivindicatória de uma outra relação de paternidade, a não ser que a criança tivesse sido, arbitrariamente, privada da convivência com os pais de sangue.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa atendeu rigorosamente seus objetivos. No primeiro item desmitificou-se historicamente o conceito de família, atravessando desde os primórdios até os dias atuais, denotando-se uma mudança pragmática de entendimento.

No segundo item a qual dispôs sobre a constitucionalização do direito de Família, elucidou-se que com o advento da Carta Magna, a família passou a ser visto por outro olhar, não ensejando tão somente o aspecto biológico, mas atravessando para o entendimento de que o afeto deve ser relevantemente analisado como um valor jurídico preponderante.

Delineou-se sistematicamente sobre as configurações de relações familiares, destacando-se o casamento, a união estável e a união homossexual. Por fim, debruçou-se sobre o afeto como elemento determinante para a constituição familiar, mudando-se o entendimento da filiação, que antes era vista tão somente decorrente apenas de uma relação sexual (reprodução humana natural) ou assexuada (reprodução humana medicamente assistida, inseminação), passando-se a ser vista também através de uma relação eminentemente carinhosa, afetiva ou fraterna.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

PERROT, Michele. As mulheres ou os silêncios da história. Tradução de Viviane Ribeiro. São Paulo: Edusc, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 33ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS, Maria Berenice (coordenação). Manual do Direito de Família. 14ª Ed. Salvador: Juspodivim, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual. O Preconceito e a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105.

BOTTURA JUNIOR, Wimer. A Paternidade Faz a Diferença. São Paulo: Gente, 1994.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

VANDERCLEYSON FREITAS DOS SANTOS:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA/Manaus. Pós-graduado em Direito Administrativo e Licitações, Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

ANDRESSA PEREIRA DE SOUZA

LETÍCIA NASCIMENTO SOARES DA SILVA

(coautoras)

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar os impactos negativos que a flexibilização da jornada de trabalho desencadeou para o sistema jurídico brasileiro à luz do princípio do não retrocesso social. Dessa forma, demonstrou a evolução histórica dos direitos trabalhistas; definiu, sob a visão de doutrinadores, os princípios do não retrocesso social e da dignidade da pessoa humana, assim como suas correções para a proteção dos direitos dos trabalhadores. Posteriormente, exemplificou os aspectos danosos que essa modificação trouxe para os obreiros, ao tornar maleáveis as regras anteriormente positivadas que enunciavam a duração da jornada de trabalho, os intervalos intrajornadas, horas extras e bancos de horas. Para tanto, a pesquisa tem natureza aplicada de abordagem qualitativa, e foram utilizadas como metodologia específica as bases teóricas de revisão bibliográfica, tais como doutrinas, jurisprudências, Constituição Federal e a Consolidação das Leis Trabalhistas. Ao final, perceberam-se as incongruências dos dispositivos alterados pela reforma trabalhista em face do princípio do não retrocesso social.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização. Retrocesso. Jornada de Trabalho.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico das relações de trabalho. 3. A Lei 13.467/2017 da reforma trabalhista e o surgimento dentro do contexto brasileiro. 4. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância nas relações de trabalho. 5. O princípio do não retrocesso social e sua importância nas relações de trabalho. 6. A flexibilização da jornada de trabalho – Lei 13.467/2017; 6.1. Jornada de trabalho 12x36; 6.2. A inserção do artigo 611-B e o desrespeito ao princípio do não retrocesso social; 6.3. O instituto da compensação de horários e a afronta ao princípio do não retrocesso social. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A temática a ser desenvolvida tem o intento de analisar os impactos negativos da flexibilização da jornada de trabalho advinda da Reforma Trabalhista em contraponto ao princípio do não retrocesso social, demonstrando brevemente a evolução dos direitos trabalhistas através de um cotejo histórico, das relações de trabalho estruturadas no princípio em questão e da dignidade da pessoa humana. Além disso, buscou-se verificar como a jornada 12X36, a inserção do art. 611-B da CLT, e as novas modalidades de compensação de horas suprimiram direitos adquiridos no decorrer da historicidade pelos trabalhadores. O que ensejou o descumprimento das normativas sobre o assunto previstas na Constituição, Consolidação das Leis Trabalhistas e jurisprudência pacificada.

Pela inserção da Lei 13.467/2017, Lei da Reforma Trabalhista ser recente, a temática vem sendo bastante tratada pelos estudiosos do Direito do Trabalho, tudo porque se aborda sobre a disponibilidade de direitos trabalhistas sob a justificativa de uma necessidade de adequação daqueles à atual situação econômica do país. Desta forma, exigindo que a ciência do direito busque reorganizar as relações de trabalho.

Nada obstante, em uma primeira etapa, este artigo buscará abordar um breve histórico evidenciando a vagarosa evolução do Direito do Trabalho. Em seguida, procura-se demonstrar a gênese da Reforma Trabalhista e o contexto social a qual ela se justificou. Em ato contínuo, procura-se definir os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Não Retrocesso Social sob a ótica do que nos alude a Constituição, jurisprudências e doutrinadores.

Após essas definições na primeira parte do artigo, buscar-se-á evidenciar os pontos nocivos da legitimação do regime 12X36, a exclusão dos institutos da duração de trabalho e intervalos do rol de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, através da inserção do Art. 611-B na CLT e as novas modalidades de compensação de horas.

Em face desses institutos que foram prejudicados pela Reforma Trabalhista, pela simples e desenfreada flexibilização da jornada de trabalho, o que se nota é uma colisão contra o princípio do não retrocesso social. E, além disso, verifica-se também que a Reforma Trabalhista não cumpriu com seus objetivos. Pelo contrário, sua homologação representou um retrocesso nas relações de trabalho, já que elide alguns direitos, deixando outros à deriva de supressão por livre negociação. Em busca dos objetivos pretendidos, a pesquisa tem natureza aplicada e utiliza da abordagem qualitativa e da metodologia de revisão bibliográfica.

2 BREVE HISTÓRICO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A palavra "trabalho" tem sua origem em um verbete latino "*Tripallium*" – designação de um instrumento que tinha como objetivo a tortura. Este objeto era

constituído por três (tri) paus (*pallium*). Diante disso, originalmente, “trabalhar” significava ser torturado no *tripallium*.

Durante muito tempo o trabalho foi visto como uma atividade indigna. Nas sociedades antigas, o trabalho manual era desempenhado por escravos ou prisioneiros de guerra., enquanto a produção intelectual era atividade privativa da elite. Dessa forma, não existia a ideia de remuneração propriamente dita como se conhece atualmente.

Na Idade Média, a sociedade era hierarquizada: os servos e os trabalhadores encontravam-se na base da pirâmide social. As ferramentas e recursos, que Marx chamou de Meios de Produção, estavam sob o domínio de poucos e estes passavam tais conhecimentos por meio de herança familiar.

Em meados do século XVIII, na Inglaterra, por conta do desenvolvimento do Iluminismo, do acúmulo de capital e do desenvolvimento científico, abriu-se espaço para o surgimento de uma indústria. As atividades que antes eram unificadas nas mãos de um indivíduo, agora passam a ser divididas com vários outros, com intuito de otimizar a produção de bens. Nessa perspectiva, o capitalismo industrial buscava baratear a sua produção e lucrar cada vez mais. Mas para isso, precisava aproveitar-se progressivamente do trabalhador com intuito de que se produzisse de maneira crescente e com o menor gasto possível. Neste contexto é que surgem todas as mazelas dos operários.

Com a modernização dos meios de produção, os artesãos passaram a perder espaço, uma vez que eles, para construir um objeto, por exemplo, levavam meses, enquanto uma fábrica para construir o mesmo utensílio não levava um terço do tempo devido a sua linha de produção. Nesta conjuntura, os artesãos se viram obrigados a ingressar como operários em fábricas para garantir sua sobrevivência. É neste momento, que há o crescimento populacional nas grandes cidades em busca de empregos. Aproveitando-se do cenário, há uma grande queda nas condições de trabalho, com a consequente degradação da vida dos trabalhadores, que foram submetidos a situações precárias de trabalho e salários baixos. Durante este período, o trabalho masculino ficou em segundo plano, dando espaço para trabalho infantil e feminino, tudo porque, com a mecanização das tecelagens, as máquinas necessitam de obreiros habilidosos e não de força física, o que os dedos ágeis das crianças e mulheres executavam de forma eficiente e eficaz.

As condições críticas, por muito tempo, foram determinantes para as relações de trabalho. Os assalariados perceberam que era necessário demonstrar suas insatisfações com as condições impostas pelos patrões. Assim, os obreiros se organizaram para lutar por justiça, o que deu início às greves e aos movimentos sindicais, todos com o intuito de melhorar as circunstâncias em que se encontravam.

Em consonância do que fora dito, Eric Hobsbawm (2010, p.340), historiador britânico nos alude:

O movimento trabalhista foi uma organização de autodefesa, de protesto e de revolução, onde a classe dos trabalhadores pobres ganhava coerência e propósito para organizarem suas reivindicações.

Em consequência às ações dos assalariados, os direitos começaram a surgir com o fito de saciar a sede de melhorias anteriormente questionadas no que tange ao desempenho das atividades laborais. Assim, as relações de trabalho começaram a se estabelecer mediante regulamentos entre empregados e empregadores.

Diante de tantos embates, no dia 10 de dezembro de 1945, a Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. A partir deste fato, iniciou-se uma série de elaboração de leis a fim de resguardar a Dignidade da Pessoa Humana, para isso, foram geridas normas para coordenar as relações de trabalho.

Após a Segunda Guerra Mundial, grandes modificações nas relações de trabalho tornaram a surgir. É importante ressaltar a barbárie advinda deste grande conflito, o que desencadeou uma forte ideologia de recuperação das economias destruídas, e impulsionou as nações em busca de relações de trabalho voltadas para uma convicção de melhoria e salvação do mundo, ou seja, defesa de direitos protetivos dos trabalhadores.

Neste passo, as relações de trabalho ficaram sob a ótica de ajudar na recuperação das nações. Em decorrência disso, o Estado se absteve de sua inércia em relação ao trabalhador e passou a tomar posicionamento diante das relações de trabalho. Com isso, surgiu um ideal de justiça social e, com a ajuda de uma grande Instituição Social, a Igreja, diversas mudanças significativas começaram a acontecer. Documentos como a Encíclica *Laborem Exercens*, de 1981, de João Paulo II e a Encíclica *Populorum Progressio*, de Paulo VI corroboraram para que nos anos seguintes, a ideia de defesa aos interesses sociais se solidificasse, assim, impulsionando as primeiras concepções de direitos trabalhistas.

Em meados de 1919, a Organização Internacional do Trabalho é prevista no Tratado de Versalhes. A Declaração Universal de Direitos Humanos, criada em 1948, traz, dentro de sua temática, diversos direitos trabalhistas. No Brasil, após vários anos de escravidão, a Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, aboliu a escravidão. Este acontecimento impulsionou uma grande massa a buscar outras formas de obtenção de seus mantimentos para subsistência.

Em 1934, iniciada a política de Getúlio Vargas, surge a primeira Constituição a ter normas próprias que versem sobre o Direito do Trabalho. A Consolidação das Leis

Trabalhistas, de 1º de maio de 1943, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452 reuniu e organizou múltiplas normas acerca do Direito do Trabalho. Esta última, considerada um marco na legislação trabalhista, já que foi o estabelecimento de uma lei clara e de proteção no Brasil, responsável por normatizar o direito material e processual do trabalho, de forma que as regras ficassem mais acessíveis. Vale ressaltar que o contexto dessa época foi de uma grande evolução no país, marcada por um aumento exponencial de empregados e de forma proporcional aumentava a necessidade de medidas protetivas para o bem-estar dos trabalhadores.

O Presidente Getúlio Vargas também tinha o objetivo de se legitimar como um líder que se importava com as minorias, aquelas acometidas pelas mazelas sociais. E dentro deste grupo, estavam os assalariados. Neste ensejo, viu-se que era necessária a unificação das leis que versavam sobre os direitos dos laboriosos. E assim foi feito, com a promulgação da CLT que garantiu a demanda dos trabalhadores na época.

Posteriormente, adveio a Constituição Federal de 1988, denominada por Ulysses Guimarães de Constituição Cidadã. Após um período de ditadura militar, onde vários direitos foram suprimidos, uma grande parte da população ansiava por liberdade, pelo usufruto de seus direitos sociais. Nesse sentido estabeleceu o art. 6º da Constituição Federal:

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.

Esses direitos são nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p.247):

Aqueles que constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

Ainda nesta conjectura dos direitos sociais, José Afonso da Silva (2005, p. 286), versa:

Os direitos sociais são prestações positivas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Coadunando-se a este enredo, o que se nota é que o direito ao trabalho está neste rol dos direitos sociais, assim se tornando uma cotização de direitos tutelados pelo Estado. Desta forma, cabe ao Estado proteger e assegurar que estas aquisições não sejam diminuídas, ou até mesmo, retiradas por completos de seus detentores. Ainda em paralelo com a legislação constitucional, têm-se os princípios que regem esta legislatura, como por exemplo, o do não retrocesso social e da dignidade da pessoa humana, estes dois com objetivo de resguardar o mínimo existencial.

Deste modo, a Constituição Brasileira de 1988, em seus artigos de 6º ao 11, discorre sobre os direitos sociais, e nos artigos 193 ao 211, denota-se que a finalidade é que tais direitos sociais não retrocedam, mas que cresçam, a nível de que sejam assegurados perante a sociedade os direitos já conquistados. Em contrapartida, a flexibilização da jornada de trabalho traz em sua essência uma fragilidade que impacta de maneira tão negativa a vida do assalariado, de forma que, por exemplo, quando se legitima a jornada 12X36, o que se observa, nas palavras da doutrinadora Claudia José Abud (2008, p. 144):

Não é difícil calcular o prejuízo individual e coletivo que esse regime causa. Além de colocar em risco a saúde e a segurança do trabalhador, a população beneficiária direta desse trabalho fica a mercê de profissionais fadigados pelo excesso de labor.

Diante de todo esse cenário evolutivo exposto, o que se tem é uma angustiante e gradativa conquista histórica por direitos que protejam os trabalhadores. No entanto, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT adveio como uma mitigação e retrocesso de inúmeros direitos dos empregados conquistados sob uma flagelação disfarçada de possível solução ao alto nível de desemprego que assola o Brasil nos últimos anos.

3 A LEI 13.467/2017 DA REFORMA TRABALHISTA E SURGIMENTO DENTRO DO CONTEXTO BRASILEIRO

O objetivo das leis trabalhistas é escassear a falta de emprego e tornar as condições de trabalho mais benéficas possíveis. Quando a população tem emprego, adquire um poder de compra e colabora com a economia do país. Em contrapartida, quando o país passa por uma grande recessão, uma das formas que as empresas têm de se manter é cortando postos de trabalho. Com isso, muitos funcionários são demitidos e não há novas contratações.

Em meados de 2016 e 2017, este era o cenário do Brasil. Sob a justificativa de um grande índice de desemprego foi proposta uma reforma na legislação trabalhista. Neste contexto, surge o Projeto de Lei n. 6.787, apresentado em dezembro de 2016, na

Câmara dos Deputados pelo poder executivo, encabeçado pelo então Presidente Michel Temer. O assunto da PL apresentava uma grande heterogeneidade, porém, seu processamento no Congresso foi bem rápido. E em julho de 2017, esta PL se torna a Lei n. 13.467, intitulada de Reforma Trabalhista.

Ressalta-se que a Lei em questão desde sua concepção, já era criticada fortemente por representantes da sociedade, doutrinadores da seara trabalhista e até mesmo órgãos governamentais. Tomando como exemplo, em uma de suas Notas Técnicas, o Ministério Público do Trabalho, apontou diversos dispositivos que afrontam a Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo alguns deles os que se seguem: a) flexibilização da jornada de trabalho, b) redução da responsabilidade do empregador, c) negociação individual para quem ganha acima de onze mil reais, d) prevalência do negociado sobre o legislado, e) supressão do papel dos sindicatos com representantes dos trabalhadores em empresas com mais de duzentos empregados, f) redução das horas de descanso do trabalhador, g) medidas de restrição ao acesso à Justiça do Trabalho.

Em suma, a Lei da Reforma Trabalhista modifica as relações de trabalho. Esta mudança na legislação influencia nas qualidades de empregos ofertados, isto é, no nível assecuratório que o assalariado tem a partir de seu elo empregatício. Afinal, com a influência do contexto socioeconômico do país, as normas que regem as relações de emprego estão diretamente conectadas com as condições que os empregadores têm para admitir mais laboriosos.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA IMPORTÂNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Depois das duas grandes Guerras do século XX, as atrocidades vividas pela população fizeram com que os líderes mundiais percebessem a necessidade da criação de normas internas que mantivessem a paz e a convivência harmônica entre os povos. A dignidade da pessoa humana surge então como princípio norteador das relações fundamentais entre os povos. Dessa forma, o respeito pelas diferenças e interesses começa a ser observado. E a partir deste contexto, em 1948 foi promulgada pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual versa sobre diversos direitos e garantias fundamentais.

A autora René Ariel Dotti (2006, p.7), define este contexto como:

A inesquecível herança do genocídio, com milhões de vítimas e a destruição de valores morais e espirituais da humanidade foram, entre outras, as consequências trágicas da 2ª Guerra Mundial, provocada pelo delírio da conquista de povos, pelo programa de

destruição racial e pelas doutrinas totalitárias do nazi-facismo. Para substituir a chamada Liga das Nações dezenas de países criaram a Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como objetivos fundamentais: a) manter a paz e a segurança internacionais; b) promover relações amistosas entre os Estados; c) funcionar como centro polarizador de diálogo e de aproximação entre as nações e os povos para a solução de problemas internacionais de natureza econômica, social, cultural e política; d) efetivar o respeito aos direitos humanos.

Esta Declaração serviu como base para elaboração *a posteriori* de outras normas no âmbito internacional e nacional. Pode-se citar como exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica, o qual em seu art. 1º exige o respeito aos direitos e liberdades individuais, garantindo, assim, o livre exercício a toda pessoa que esteja sujeita à jurisdição do país que aderiu a este dispositivo legal. Na seara nacional, o jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) define o princípio da dignidade humana da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Coadunando-se a este princípio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 1º, inciso III, coloca como um de seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana. Além disso, o texto Constitucional elenca seus objetivos fundamentais no art. 3º e verifica-se que estes estão embasados na Dignidade da Pessoa Humana, quando todos convergem ao intento da promoção do bem-estar do indivíduo.

No campo trabalhista, este princípio deve estar presente como alicerce basilar nas relações de trabalho. Afinal, são condições dignas de trabalho que as normas do trabalho precisam buscar. Nas palavras de Gabriela Delgado (2006, p. 206), entende-se que:

No desempenho das relações sociais, em que se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio. Completa a autora que o sistema

de valores a ser utilizado como diretriz do Estado Democrático deve concentrar-se no ser humano enquanto pessoa.

Mediante o exposto, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos alicerces mais importantes para a concretização do bem-estar social. Quando esta dignidade é respeitada, ela impede que o homem seja submetido a quaisquer situações que os coloquem em posições deploráveis. Nesta seara, observa-se que o supramencionado princípio é imperativo, desta forma, não sendo passível de “coisificação” para fins de retrocesso. Sendo assim, é indispensável que para a fiel execução deste princípio, não se pode abrir brechas para a formulação de normas, como a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), que tenham o interesse de subjugar este norte constitucional em detrimento de interesses deturpados. Pelo contrário, é necessária a valoração do trabalho, através da fortificação do labor digno e o respeito a este dispositivo como direito fundamental e social inerente a qualquer ser humano.

5 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL E SUA IMPORTÂNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O princípio do não retrocesso social, instituído por volta de 1970 na Alemanha, trata-se de um conceito presente na Constituição Brasileira de 1988 e tem por objetivo servir como um obstáculo para que o legislador não se utilize de condutas exorbitantes com intuito de retirar direitos adquiridos. No entanto, a Lei n.13.467/2017, intitulada de Reforma Trabalhista, traz em suas disposições um enaltecimento exacerbado da livre iniciativa, esta que só contribui de forma negativa para precarização das relações de trabalho e, conseqüentemente, para o desrespeito a direitos essenciais dos trabalhadores.

A ruína das condições de trabalho é indiscutível a partir da promulgação desta Lei. O que se consta é uma supervalorização das negociações diretas entre empregador e empregado, flexibilizando os direitos de forma retrógrada. Tomando como um simples exemplo, têm-se a alteração normativa que afastou a duração de trabalho e intervalo intrajornada do rol de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, deixando-os, assim, passíveis de negociação por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo, conforme artigo 611-B, da CLT. Quando o legislador deixa de fora esses dois institutos, tornando-os lícitos de negociação, afronta o princípio do não retrocesso social, uma vez que, vai contra o que o artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal, nos orienta. Senão, vejamos *in verbis*:

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

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Nesse mesmo sentido, outros doutrinadores explicam o significado e a aplicação do princípio tratado neste artigo. Senão, vejamos os ditames de alguns doutrinadores. Para Maurício Godinho Delgado (2017, p. 65), este princípio determina que:

Regras internacionais de direitos humanos – inclusive trabalhistas – não de traduzir somente confirmações ou avanços civilizatórios no plano interno a que se dirigem, não podendo prevalecer caso signifiquem diminuição de padrão protetivo em contratempo com as regras internas.

Já o Ministro Celso de Mello, em certa ocasião, em uma de suas deliberações proferidas no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337, discorre:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.

O constitucionalista português J. J. Canotilho (1998, p. 320) redige uma inteligente ressalva sobre o princípio em questão. Vejamos o que ele nos diz:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição da (contrarrevolução social) ou da (evolução reacionária). Com isto, quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional, e um direito subjetivo.

Em suma, nota-se que o preceito em questão é ponderoso na análise da flexibilização da jornada de trabalho, proposta pela Lei n. 13.467/2017, uma vez que esta se opõe à finalidade daquele, onde, junto a outros princípios, têm o objetivo de proteger o mínimo existencial. Desta forma, corroborando para a manutenção de todos direitos já adquiridos. Sendo assim, todas as medidas legislativas que vão contra este princípio, infringem o patamar social, ora conquistado pelos trabalhadores ao longo do tempo. Ao fazer a análise histórica, percebe-se que os direitos conquistados pelos labutadores demandaram muito esforço, já eles eram submetidos às jornadas de trabalhos exageradas e em situações desumanas. E quando se abre espaço para negociações no que se refere ao tempo à disposição do empregador, percebe-se uma clara tentativa de reduzir estas conquistas. É de conhecimento geral que a jornada de trabalho acima de 8 (oito) horas diárias eleva significativamente a exaustão, desse modo, atingindo diretamente a integridade física e mental dos obreiros.

6 A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO – LEI 13.467/2017

A chamada Reforma Trabalhista, sob um arranjo falacioso de adequação do cenário trabalhista com a criação de postos de trabalho, para diminuir o alto índice de desemprego, que rodeia atual situação econômica do país, foi aprovada, em 13 de julho de 2017, como a Lei n.13.467, que instituiu novos parâmetros nas relações de trabalho.

O intuito dessa “modernização” na Consolidação das Leis Trabalhista era de adequar o cenário trabalhista à crise econômica passada pelo Brasil, por isso, estas novas regras se faziam necessárias para minimizar os impactos nos postos de trabalho. No entanto, o que se tem é uma legislação “renovada” que precariza os direitos adquiridos da classe trabalhadora, desta forma, desprestigiando princípios constitucionais que regem o mínimo existencial do trabalhador, como o do não retrocesso social e o da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme Alexandre de Moraes (2008, p. 123), enuncia que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz a pretensão por meio das demais pessoas constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que excepcionalmente possam ser feitas limitações aos exercícios dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto ser humano.

Consoante a este preceito, tem-se o do não retrocesso social, já enunciado em tópicos anteriores. Juntos, esses princípios regem tanto as limitações ao legislador na produção da norma, para proteger os direitos dos indivíduos, como a interpretação dos juristas conforme os fins que a Constituição Federal promove. Nesse sentido, ao verificar vários dispositivos da nova Lei, o que se vê é um retrocesso ao antigo regime, este que se evade completamente dos ideais de justiça social, de dignidade e de proteção a direitos fundamentais, para priorizar interesses no âmbito do poderio econômico. O resultado disso é uma inobservância dos direitos basilares dos trabalhadores, e talvez a anunciação da volta à barbárie.

A “reforma” da referida Lei modifica algumas matérias que já eram tratadas na antiga Consolidação e inova em outros conteúdos. Neste seguimento, observa-se modificações e inovações nos pontos que tratam sobre a jornada de trabalho do empregado, tais como compensações de horários, horas extraordinárias, escalas de trabalho 12X36, intervalos intrajornadas e duração da jornada de trabalho, os quais foram reformulados para uma clara flexibilização das normas de proteção da adequada jornada de trabalho.

6.1 Jornada de Trabalho 12X36

Uma inovação que incontestavelmente atinge a classe trabalhadora é a legitimação da jornada de trabalho 12X36 horas, que consta no Art.59-A, da CLT, nos seguintes termos:

Em exceção ao disposto no Art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo coletivo escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para o repouso e alimentação.

É inquestionável, como já dito antes, que jornadas de trabalhos acima de 8 (oito) horas diárias são prejudiciais à saúde física e mental do trabalhador. Em concordância desta ideia, Jorge Luiz Souto Maior (2008) se posiciona da seguinte forma:

O revezamento 12 X 36 fere, frontalmente, a Constituição e a Lei. A lei não permite trabalho em horas extras de forma ordinária. E, se houver trabalho em hora extra, a jornada não pode ultrapassar a 10 horas. No regime de 12 X 36 há trabalho frequente além de oito horas diárias, portanto, horas extras (o fato de ser remunerado como tal, ou não, não afeta a realidade, pois horas extras é a hora que ultrapassa o limite máximo da jornada normal) e há trabalho com jornada

superior a 10 horas. O descanso a mais que se dá, com a folga no dia seguinte, primeiro não retira a ilegalidade e segundo, sob o aspecto fisiológico, não repõe a perda sofrida pelo organismo, ainda mais sabendo-se, como se sabe, que no dia seguinte o trabalhador não descansa, ocupando-se de outras atividades e mesmo vinculando-se a outro emprego. Uma jornada. Uma jornada de 12 horas vai contra todos os preceitos internacionais de direitos humanos.

Ainda ensejando no pensamento contrário a este tipo de jornada de trabalho, tem-se o Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, que nos esclarece em uma de suas manifestações a respeito deste tipo de jornada de trabalho:

Registre-se, contudo, que há forte corrente jurisprudencial que tem ampliado tais limites diários, ao conferir validade às jornadas de plantão, do tipo 12 horas diárias por 36 horas de descanso ou até mesmo 24 horas trabalhadas por 72 horas de descanso. Apesar do reconhecimento jurisprudencial, entende o sobredito doutrinador, que tal regime "cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e segurança daquele que presta serviços, deteriorando as condições de medicina, higiene e segurança no trabalho (em contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7º, XXII, da Carta Magna).

Em acordo com os doutrinadores citados, defende-se a ilegalidade da jornada de trabalho 12X36, dita como excepcional. Sabe-se que as horas a mais dadas como "folga" ao trabalhador, não serão de fato usufruídas para este fim. No dia posterior, o trabalhador não repousa, uma vez que, o assalariado em busca de melhorias e de até mesmo suplementar sua renda, por conta da precariedade salarial e de submissão as novas regras que norteiam as relações de trabalho, poderá vincular-se a outros laços de trabalho, para então assim, garantir seu sustento. Outra consequência deste tipo de regime é a fadiga adquirida por estes profissionais, por extrapolarem as horas normais de trabalho estipuladas no artigo 7º, inciso XIII da CRFB/ 1988 e art. 58 da CLT. É notável que trabalhar além das horas máximas determinadas pelas normas atinge a saúde do empregado. O cansaço físico e psicológico torna-se cada vez maior, e não é repostado pela "folga maior" dada a estes operários.

A Consolidação das Leis Trabalhista em seu art. 59, caput e § 2º, assegura o limite máximo de 10 horas nos regimes de horas extras e compensação de horários. Nesta seara, a doutrinadora Cláudia Abud (2008, p.135) dá a seguinte ressalva:

O § 2º do art. 59 da CLT estabelece regras para a compensação de horários e fixa o limite de 10 horas diárias. Sendo norma de

ordem pública e caráter imperativo, não podendo ter sua aplicação afastada mesmo que realizada por acordos ou convenções coletivas.

Pelo exposto, o regime 12x36 é um insulto a todos os princípios e normas legais que regem as relações de trabalho. Sendo inconstitucional ao se chocar com matérias expostas no art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal e art. 59, § 2º, da CLT. Assim, além de causar estabilidade jurídica, promove nos trabalhadores inúmeros prejuízos, sejam eles de ordem física, cognitiva ou até mesmo social, quando os priva de um convívio social, por conta de uma jornada de trabalho que excede o normatizado em lei.

6.2 A inserção do artigo 611-B e o desrespeito ao princípio do Não Retrocesso Social

Outro tópico da Lei n. 13.467/2017 que vale um enfoque é a incorporação do art. 611-B, parágrafo único, conforme a seguir, in verbis:

Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

O presente artigo transcrito acima, em seu caput, procura inibir quaisquer tentativas de supressão ou redução de alguns direitos, nele elencados em um rol taxativo. No entanto, em seu parágrafo único, enuncia que, a duração de trabalho e os intervalos não fazem parte deste rol, o que claramente, deixa estes dois institutos à deriva de negociação por meio de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho. Acrescenta-se, então, que este dispositivo confronta o princípio tema deste artigo, já que não se sustenta de forma alguma em outros dispositivos legais. Pelo contrário, esta possível flexibilização, através de acordo ou convenções coletivas, transgride o dispositivo constitucional do art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal e art. 58, da própria Consolidação das Leis Trabalhistas, que estabelecem a duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

Ainda, esta transigência sobre duração normal de trabalho e intervalos, quando deixa estes institutos passíveis de negociação, vai contra a súmula 437, item II, do TST, que aponta:

Jornada de trabalho. Horas extras. Intervalo intrajornada (para repouso e alimentação). Lei 8.923/1994. CLT, art. 71, caput e § 4º. CF/88, ART. 7º, XXII.

II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (CLT, ART 71 e CF/88, 7º, XXII), infenso à negociação coletiva.

Neste contexto, percebe-se a incompatibilidade de normas, já que esta súmula desvalida as cláusulas que diminuem o intervalo intrajornada. Sob a égide do princípio do não retrocesso social que coíbe quaisquer feitura que tenham o intento de suprimir ou retirar direitos já adquiridos com a positivação dos direitos sociais, com isso, atina-se que o dispositivo do art. 611-B, parágrafo único é incontestavelmente inconstitucional. Esta bárbara tentativa do legislador de desamarrar os institutos da duração normal do trabalho e intervalos do rol de medidas assecuratórias de higiene, saúde e segurança do trabalho mostra-se ausente de fundamento quando se põe em tela o que nos guia o inciso XXII, do art. 7º da Carta Magna. Vejamos, então, na íntegra, este artigo:

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

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

As consequências de abrir precedência para a negociação de pontos que já são regrados por leis Constitucionais e pacificadas na legislação internacional podem ser avassaladoras. Nestes ditames, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 269) dissertam:

Entretanto, na direção antitética ao padrão constitucional prevalente e ao princípio da adequação setorial negociada, apresenta-se o parágrafo único do art. 611-B. A interpretação gramatical e literalista do novo preceito legal pode abrir seara de negligência com a saúde, o bem-estar e a segurança dos indivíduos inseridos no mundo do trabalho, além de comprometer as igualmente imprescindíveis dimensões familiar, comunitária e cívica que são inerentes a qualquer ser humano. Se não bastasse, essa censurável interpretação também comprometeria o combate ao desemprego, desestimulando a criação de novos postos laborativos pelas entidades empresariais.

Portanto, observando os dispositivos legais e o que os doutrinadores difundem, percebe-se que a possibilidade de aumento de jornada de trabalho e a supressão de

intervalos por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho são nocivas à vida do trabalhador, pois capazes de lesar direitos já conquistados pelos obreiros. Além de atingir a seara jurídica, afetam sua saúde corpórea, cognitiva e social. Neste ensejo, sua produtividade laboral também é alcançada por conta do cansaço, assim, deixando-o mais vulnerável a acidentes de trabalho. Logo, é indubitável o retrocesso que este dispositivo traz em seu bojo, na proporcionalidade que subtrai do trabalhador a prerrogativa de ter seu direito de duração de trabalho atrelada às normas de higiene, saúde e segurança do trabalho.

6.3 O instituto da compensação de horários e a afronta ao princípio do Não Retrocesso Social

Outra mudança que atinge profundamente o que a Carta Magna e a jurisprudência nos guia é a modificação no instituto de compensação de horários. Este instrumento, antes mesmo da promulgação da Lei 13.467/2017, já era regido pelo artigo 7º, inciso XIII da CF/88, que nos versa da seguinte forma:

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

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Ensejando neste contexto, a súmula 85 do TST confirma o que a Constituição Federativa determinava, pacificando, assim, o entendimento que esta compensação somente era legal se fosse instituída por norma coletiva do trabalho.

No entanto, a Lei da Reforma Trabalhista, em seu art. 59, conflita grosseiramente com o da doutrina constitucional e da jurisprudência pacificada, senão vejamos o extrato deste dispositivo:

Art. 59. *A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).*

§ 2º *Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja*

ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

§ 5º *O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)*

§ 6º *É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).*

Obstante ao elucidado pelo artigo, o que se observa é uma legislação que submete o funcionário a uma frágil posição, uma vez que, ele é o “galho fraco” da relação de trabalho. Nesse sentido, seu patrão pode obrigar o empregado a fazer horas extras, sob a égide da compensação de horas, onde esse empregador se imiscuirá de pagar pelas horas a mais trabalhadas pelo laborioso, assim tendo vantagem de uma mão de obra disponível por mais tempo, e o funcionário, apenas tendo sua jornada de trabalho suplantada em um período máximo de seis meses, para o caso de acordo individual escrito.

*Em pior situação, estão aqueles abatidos pela insegurança jurídica, que o **§ 6º do mencionado art. 59 traz em seu escopo.** Por validar os acordos de forma tácita, o empregado além de ser prejudicado trabalhando mais e tendo apenas uma recompensa não equivalente ao seu esforço, fica a mercê da fragilidade jurídica, pois, o instrumento do acordo tácito é bem mais penoso de se provar satisfatoriamente.*

Nesta lógica, Maurício Godinho Delgado (2017, p. 1001), informa que:

A posição acolhedora da validade do simples acordo tácito é francamente minoritária na cultura justralhista brasileira. Afinal, já mesmo antes da Constituição de 1988 a jurisprudência dominante insistia na necessidade de pactuação pelo menos por escrito do regime de compensação, não acatando sua inserção meramente tácita no contrato (antigos Enunciados 108 e 85, TST).

Evidencia-se algumas circunstâncias que podem acometer o empregado. Uma das situações é a compensação anual. O trabalhador que acumular horas em seu banco de horas fica a mercê da autorização do empregador para a diminuição ou até usufruto de folga de um dia de trabalho. É sabido que o patrão pode orientar que essa compensação só seja feita próximo de completar o tempo máximo para compensação, que é de um ano, quando for realizado acordo ou convenção coletiva de trabalho. Caso este prazo seja

ultrapassado, a empresa teria que pagar como horas extras, quer dizer, com o acréscimo de 50%. Porém, há de se notar que este prazo temporal é longo, o que prejudica o trabalhador no âmbito pecuniário. Pois, este funcionário trabalharia, produziria para seu patrão, mas apenas seria recompensado muito tempo depois, o que fere as regras de proteção ao trabalhador.

Para aqueles que optarem pelo acordo individual tácito, conhecido vulgarmente como “de boca”, estão à deriva de uma grande instabilidade jurídica. Tudo porque este tipo de pacto é mais oneroso de ser provado. Muitas vezes necessita, inclusive, de testemunhas para corroborar com a alegação do empregado. E estas testemunhas, na grande parte, são outros empregados, que já se sentem moralmente coagidos a não participar de litígios em favor de seus colegas de trabalho, com o receio de perder seus empregos na empresa, ora reclamada.

Confirmada a tese de que este novo tipo de compensação é um desrespeito sem precedentes ao princípio constitucional do não retrocesso social, Maurício Godinho Delgado (2017, p. 865-866) também nos aponta:

A pactuação de horas complementares à jornada padrão que extenua o trabalhador ao longo de diversas semanas e meses cria risco inevitável a saúde e segurança daquele que presta serviço, deteriorando as condições de saúde, higiene e segurança do trabalho. O regime de compensação anual, desse modo, escapa a dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo da CF, já que deixa de ser manejadas em extensão ponderada, perdendo, neste aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefício recíproco de ambas as partes contratuais. A agressão que propicia à saúde, higiene e segurança laborais já obscurecem o sentido favorável ao trabalhador de que era ele classicamente dotado.

Portanto, observando-se a exigência feita pela Constituição Federal e confirmada pela jurisprudência, ambas concordando com os valores canônicos trabalhistas que têm o intento de tutelar o empregado e acautelá-lo de conjecturas de labor saudáveis, absorve-se que a positivação desta Reforma Trabalhista retira do lado penoso da relação de trabalho mais um instrumento de proteção de seus direitos, o posicionando em um vínculo que não há igualdade de força. Neste sentido, esta lei fere mais uma vez o princípio do não retrocesso social, quando permite que acordos definam condições desvantajosas aos trabalhadores.

7 CONCLUSÃO

A evolução do direito trabalhista até a chegada do patamar atual passou por várias transformações em decorrência de sua necessidade de adequação com o contexto social da época. A ideia de justiça social veio crescendo ao longo dos séculos e em paralelo, para efetivação desta, o trabalho se tornou um pilar indispensável para sua concretização. E para que os patamares alcançados pelos indivíduos jamais fossem suprimidos por quaisquer agentes, princípios como o do não retrocesso social vieram a fazer parte do alicerce que se apoia tal Justiça.

Coadunando-se a esse princípio tem-se o da dignidade da pessoa humana que busca resguardar o mínimo para gozo pleno do indivíduo, tanto de forma social, usufruindo de políticas sociais elaboradas pelo Estado, quanto privativamente em detrimento das normas que regem o bom comportamento. No entanto, em uma quebra de evolução e conquistas dos direitos trabalhistas surge sob a égide de uma nova adequação ao contexto socioeconômico, a Lei 13.467 de 2017, denominada de Reforma Trabalhista, que traz em seu escopo inúmeras mudanças na legislação que rege as relações de trabalho. Em contrapartida ao seu objetivo, o que se nota é uma derrogação de direitos galgados a duras penas pelos trabalhadores com acréscimo de dispositivos que ferem os princípios basilares constitucionais e o que a doutrina já entendia como pacífico no ordenamento jurídico.

Ainda, é notório que a flexibilização da jornada de trabalho além de se contrapor à legislação constitucional e seus princípios, deteriora e reforça a posição de frágil do trabalhador mediante ao empregador. O fato de o empregado deixar de receber por seu trabalho, quando se homologam as novas formas de compensação de horas, ou aumentam sua jornada de trabalho usando-se de uma justificativa pautada em um descanso intrajornada maior, ou pior, afirmando que normas de higiene, saúde e segurança do trabalho não englobam os institutos da hora normal de trabalho e intervalos, só confirmam o enfraquecimento da classe trabalhadora junto as suas lutas.

Logo, é incontestável o retrocesso da legislação trabalhista pela sanção da Lei da Reforma Trabalhista quando autoriza a flexibilização da jornada de trabalho com dispositivos tão nocivos aos trabalhadores. A não observância aos preceitos Constitucionais e doutrinários retira dos trabalhadores proteções indispensáveis para o bom desenvolvimento de seus ofícios. Em um país, onde a Dignidade da Pessoa Humana é um de seus fundamentos basilares, e o princípio do Não Retrocesso Social se irradia na Constituição, norma fundamental, de forma a garantir os direitos sociais de sua população, não tem como se admitir que uma Lei como a da Reforma Trabalhista, que flexibiliza de forma negativa e se posiciona contra todos esses ditames norteadores do Estado Democrático de Direito, se perdue, por efeito de se retroceder e pôr em cheque toda uma legislação Constitucional e Trabalhista.

8 REFERÊNCIAS

ABUD, Cláudia José. **Jornada de Trabalho e a Compensação de Horários**. São Paulo: Atlas, 2008.

BASÍLIO, Paulo Sérgio. **Positivação da jornada 12x36 no Direito Material do Trabalho – Primeiras impressões da Lei 11.901/2009**. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=220525&key=4484021. Acesso em 04 out. 2019.

BODART, Cristiano. **Etimologia da palavra Trabalho**, jun/2010. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/origem-da-palavra-trabalho/>. Acesso em 30 set. 2019.

BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337**. Criança de até cinco anos de idade – atendimento em creche e em pré-escola – sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público – doutrina – jurisprudência – obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) – compreensão global do direito constitucional à educação – dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, §2º) – legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição – incoerência de transgressão ao postulado da separação de poderes – proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação ao retrocesso social – pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – princípio

"jura novit cúria" – invocação em sede de apelo extremo – impossibilidade – recurso de agravo improvido. Relator: Min. Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 437**. Intervalo Intrajornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71 da CLT. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 401 450.html#SU M-437](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20401%20450.html#SUM-437). Acesso em 04 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Rev., ampl. , 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil Com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Gabriela. **Direito Fundamental ao Trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Curitiba: Lex Editora: 2006.

GERELLI, Daniela Costa; GUASS, Rivadavio A. de Oliveira. **A Reforma Trabalhista e o Princípio do Não Retrocesso Social.** Disponível em: <http://www.cntsscut.org.br/ponto-de-vista/artigos/475/a-reforma-trabalhista-e-o-principio-do-nao-retrocesso-social>. Acesso em: 02 out. 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Em Defesa da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho.** Revista LTr, n .70, v. 13, jan./ 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 35 ed. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo, 2003.

PROCURADORIA GERAL DO TRABALHO. **Estudo do MPT aponta inconstitucionalidade da reforma trabalhista.** Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo-do-mpt-aponta-inconstitucionalidade-da-reforma-trabalhista>. Acesso em 04 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica:** dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, 2006. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54. Acesso em 01. out. 2019.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VALENTE, N. L.; FOGAÇA, V. H. B.; SILVA, S. C. **A Reforma Trabalhista Brasileira e Retrocessos na Garantia de Direitos Fundamentais do Trabalhador.** Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/38814>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

VIGNOLI, Vanessa de Almeida. **Flexibilização da Jornada de Trabalho:** importância e limitações. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 100 p. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04012011-160412/publico/Dissertacao_Vanessa_Vignoli.pdf. Acesso em 04 out. 2019.

NOTAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS DECISÕES E ATOS ADMINISTRATIVOS

THALLES GOMES CAMELLO DA COSTA:

Mestre em Meios e Processos Audiovisuais pela Escola de Comunicação e Artes da USP. Mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Advogado.⁵²

RESUMO: O objetivo do presente artigo é compreender como a dialética da soberania popular e o direito humano à democracia vinculam e, ao mesmo tempo, se concretizam na Administração Pública brasileira, mais especificamente nos municípios que integram a região canavieira do estado de Alagoas, propugnando a participação popular como requisito procedimental das decisões e atos administrativos, sem o qual tais atos estariam viciados, podendo ser considerados irregulares ou, até mesmo, inválidos.

Palavras-chave: Administração pública. Atos administrativos. Participação popular. Dialética da soberania.

ABSTRACT: The purpose of this article is to understand how the dialectic of popular sovereignty and the human right to democracy are linked and, at the same time, materialized in the Brazilian Public Administration, more specifically in the municipalities that integrate the sugarcane region of the state of Alagoas, promoting participation popular as a procedural requirement of administrative decisions and acts, without which such acts would be addicted and could be considered irregular or even invalid.

Keywords: Public administration. Administrative acts. Popular participation. Dialectic of sovereignty

Pedro Henrique de Araujo Silva, 17 anos, mora em Capela, cidade incrustada entre os canaviais que monopolizam grande parte da paisagem alagoana. A região canavieira de Alagoas abarca 53 dos 102 municípios do estado, incluindo sua capital, compreendendo uma população de cerca de dois milhões de habitantes e uma área equivalente a pouco mais de treze mil quilômetros quadrados. Excluindo os municípios que integram a Grande Maceió, a região canavieira é composta em sua maioria por cidades com população não superior a 20 mil habitantes, Índice de Desenvolvimento Humano abaixo da média estadual, que já é a pior do Brasil, renda per capita não superior a R\$ 300,00 e cujas receitas públicas dependem quase que exclusivamente das

⁵² Mestre em Meios e Processos Audiovisuais pela Escola de Comunicação e Artes da USP. Mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Advogado.

transferências de recursos da União e do Estado. Em muitos deles, as plantações de cana ocupam mais de 40% de seu território, podendo chegar a 80%⁵³.

Pedro Henrique, cursando o terceiro ano do ensino médio na escola pública estadual Professora Edite Macedo, venceu, em 2019, o concurso nacional de redação Jovem Senador, promovido pelo Senado Federal. Junto com estudantes de cada um dos estados brasileiros, passará uma semana em Brasília para vivenciar o trabalho dos senadores⁵⁴.

“Interpreta-me ou te devoro”. Assim chamou sua redação. Numa analogia ao enigma da esfinge de Tebas, Pedro escreveu que o “orçamento público no Brasil, por ser complexo e desconhecido por grande parte da população, constitui um verdadeiro desafio para muitos cidadãos que se encontram excluídos de um processo democrático, porque não conseguem acompanhar o que desconhecem em virtude da pouca escolaridade ou da falta de conhecimento político”.

A linguagem técnica de tais documentos, num país com cerca de 40 milhões de analfabetos funcionais, “dificulta ainda mais sua interpretação”, destaca Pedro, para em seguida sentenciar ser “inadmissível para um Estado democrático de direito privar parte de seus cidadãos de decisões políticas tão importantes”.

Ao lado dos funcionais, Pedro também identifica os “analfabetos políticos”, que “preferem ignorar o quanto sua participação é importante para a melhoria da nação”, proporcionando aos governantes “total liberdade de gerir recursos públicos, o que facilita, muitas vezes, o desvio de verbas ou o mau gerenciamento do dinheiro público”.

“Nesse contexto, é necessário que se criem condições de o povo compreender, participar e fiscalizar”, conclui. “Portanto, urge que medidas sejam tomadas para diminuir esse déficit de conhecimento. Para isso, é dever do Estado expressar de forma mais simples e direta como funciona a lei orçamentária”.

A redação de Pedro põe o dedo em tantas feridas da relação do cidadão com o Estado que vale perguntar se é só para o orçamento e se é só em Capela que ela se aplica.

⁵³ ALAGOAS, *Diversificação Produtiva como Alternativa para a área Canavieira de Alagoas*. Maceió: SEPLAG, 2017; e *Anuário Estatístico do Estado de Alagoas*. Ano 24. v. 24. Maceió: SEPLAG, 2018.

⁵⁴ AGÊNCIA SENADO. *Estudante de Alagoas é o primeiro colocado em concurso do Jovem*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/07/estudante-de-alagoas-e-o-primeiro-colocado-em-concurso-do-jovem-senador>. Acesso em 10 out 2019. A íntegra da redação está disponível em <https://www.tnh1.com.br/noticia/nid/leia-a-redacao-do-alagoano-que-ficou-em-1o-lugar-no-projeto-jovem-senador/>. Acesso em 10 out 2019.

Um exemplo talvez ajude a dar mais amplitude à discussão. Sobre a própria execução orçamentária. A Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 212, que, a cada ano, os municípios devem destinar para a manutenção e desenvolvimento do ensino, no mínimo, vinte e cinco por cento de tudo que arrecadam com impostos. A isso se convencionou chamar percentual mínimo ou limite constitucional da educação.

Não raro, chegados os últimos meses do ano, os municípios iniciam uma corrida contra o tempo para gastar o que for necessário ao cumprimento desse percentual. Muita dessa afobação se deve ao fato que, pelo artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o não cumprimento do limite constitucional pode acarretar a interrupção das transferências de recursos federais e estaduais, principal fonte de receita dos municípios brasileiros. Além disso, a prefeitura pode ter suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas do Estado e o prefeito se tornar inelegível por improbidade administrativa, como previsto na Lei Complementar nº 64/90.

Imagine-se, agora, o seguinte cenário. Chegado novembro, um prefeito decide aplicar os recursos que faltam para atingir o limite constitucional da educação na pintura da já desgastada fachada de uma das escolas municipais. Por si só, seria difícil questionar a opção por esse gasto. Acontece que o fogão industrial desta mesma escola está quebrado, prejudicando o cozimento da merenda escolar. Diante dessa nova informação, passa a ser questionável defender a priorização pela pintura em detrimento do conserto do fogão.

Mas é possível imaginar uma situação mais nebulosa. Com o mesmo objetivo de cumprir o percentual mínimo, o prefeito decide comprar notebooks de última geração para serem distribuídos a todos os professores e alunos da rede municipal. Uma decisão que busca melhorar a qualidade de ensino e aprendizagem. Contudo, os professores desta mesma cidade estão com seus salários defasados há anos, bem abaixo inclusive do patamar de remuneração de localidades vizinhas, e decidem entregar, por meio de sua associação, um pedido de reajuste salarial ao prefeito. Diante desse cenário, a decisão entre a aquisição dos notebooks e o reajuste salarial ganha um grau de complexidade maior.

O governo municipal poderia, obviamente, optar por realizar todas elas simultaneamente - pintura, fogão, notebook, salário - e a discussão estaria encerrada. Mas, mesmo se esse prefeito, recluso em seu gabinete, optasse por priorizar somente uma das quatro opções, atingiria o limite constitucional e afastaria o risco de rejeição das contas.

A provocação de Pedro parece pertinente: pode um Estado democrático de direito privar parte de seus cidadãos de decisões políticas tão importantes?

Em sua redação, Pedro recorreu à mitologia grega, mas não precisaria ir tão longe. Seu conterrâneo Djavan parece ter sintetizado, em uma estrofe, a perplexa situação do povo diante das (in)decisões do Estado brasileiro:

Você disse que não sabe se não

Mas também não tem certeza que sim

Quer saber? Quando é assim,

deixa vir do coração⁵⁵.

Que fazer quando não se compreende o porquê do Estado dizer sim ou não? Que fazer quando o próprio Estado não sabe explicar por que diz sim ou não?

Onde não há lógica racional, tudo se resolve na emoção. No amor ou no ódio. *Soltar essa louca, arder de paixão*. Pode até funcionar nas relações privadas, mas não no universo público. Se tudo é decidido no calor do momento, não é possível prever de antemão as ações e reações do Estado e dos governantes. Como se programar quando as decisões tomadas não seguem um padrão? *Mais fácil aprender japonês em braille, do que você decidir se dá ou não*. Impossibilitado de prever os resultados, não há como o cidadão calcular as consequências de seus atos. Sem conseguir entender, sem poder calcular, como confiar? Nas relações entre o povo e o Estado, a falta de razão é sinônimo de insegurança⁵⁶.

Não à toa, essa percepção de falta de ordem e segurança no espaço público e na política é apontada como uma das causas do maior alinhamento a propostas de cunho conservador nas últimas eleições. Como resume um dos entrevistados em recente pesquisa sobre o conservadorismo e as questões sociais⁵⁷, "política é aquela coisa: você acredita, mas não confia."

Para superar esse impasse, é preciso refletir sobre o que se entende e o que se espera das relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os cidadãos. É possível que essa reflexão exija uma análise complementar entre a perspectiva do direito constitucional e do direito administrativo. Começemos pela visão constitucional.

⁵⁵ Trata-se da primeira estrofe da música *Se...*, do álbum *Coisa de acender*, lançado em 1992.

⁵⁶ Para uma análise mais aprofundada sobre insegurança jurídica: ÀVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁵⁷ FUNDAÇÃO TIDE SETUBAL. *O conservadorismo e as questões sociais* [recurso eletrônico]. São Paulo. 2019. Disponível em: <https://conteudo.fundacaotidesetubal.org.br/downloadconservadorismo> Acesso em: 2 out 2019.

Parece consenso na análise política contemporânea ter como ponto de partida o deslocamento entre os anseios do povo governado e a prática dos que estão à frente das instituições estatais.

No Brasil, essa tensão entre representantes e representados ganhou maior evidência após o ciclo de manifestações que se iniciou em junho de 2013. Diante de seguidas denúncias de corrupção, lidando com uma aguda crise econômica e sem identificação com ocupantes ou pleiteantes a cargos executivos e legislativos, as manifestações desde então têm tomado um viés fundamentalmente negativista. Esse vazio de representatividade é agravado pelo fato do sistema político partidário brasileiro ser um dos mais fragmentado dentre as democracias atuais⁵⁸.

A consequência mais grave desta crise repousa, contudo, sobre um alicerce fundamental do sistema democrático. Desde os embates medievais contra o direito divino dos reis⁵⁹, a legitimidade última de qualquer exercício de poder estatal na modernidade reside no consentimento e prevalência da vontade popular. E um descolamento tão agudo entre governados e governantes coloca em xeque o elemento primordial mesmo da democracia moderna: a soberania popular.

Se não há anuência na representatividade institucional, a prevalência da vontade popular não se faz eficaz e a prerrogativa de que todo poder emana do povo - consolidada no art. 14 da Constituição Brasileira - só pode manter-se de pé se o povo for encarado como ícone⁶⁰, imagem abstrata que não diz respeito a nenhum indivíduo ou grupo de pessoas em específico, a ser invocada apenas como figura de linguagem legitimadora do discurso de poder.

Nesse cenário, bloqueia-se a cidadania positiva e ativa do povo, rebaixando-o à condição de população, mero conjunto de pessoas que vive em determinado território sem

⁵⁸ NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

⁵⁹ BOEIRA, Marcus. *Suárez e os problemas políticos da modernidade* in Francisco Suárez, *Defesa da Fé Católica* (edição compilada) / tradução de Luiz Astorga, edição de Renan Santos. - Porto Alegre, RS: Concreta, 2015

⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

participação efetiva na formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano⁶¹. Uma cidadania, enfim, fora do lugar⁶².

Essa explicação, todavia, dá conta apenas da identificação do problema, mas não de sua superação. A resolução desse impasse exige, portanto, que a pergunta seja colocada em outros termos: quando, de fato, se origina o deslocamento entre soberania popular e Estado?

Tida como responsável por universalizar a afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana e dos princípios do Estado Democrático - dentre eles o de que todos os homens nascem iguais e livres e de que a soberania reside na nação, tendo a sociedade o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração -, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se viu, ainda no calor de sua promulgação, em 26 de agosto de 1789, diante de uma encruzilhada histórica sintomática. É que no dia 22 de outubro daquele mesmo ano, desembarcou em Paris e bateu à porta da Assembleia Nacional uma comitiva de homens livres do Haiti - a mais próspera colônia francesa nas Américas - reivindicando para os habitantes e escravos da ilha os Direitos do Homem⁶³.

O impasse estava posto. Como poderia uma Assembleia que mal havia aprovado os Direitos do Homem recusar-se a tratar da questão colonial e da escravidão? Houve acalorado embate sobre o tema. Apesar dos protestos da ala mais radical da Assembleia, encabeçada por Robespierre - "vós defendeis sem cessar os Direitos do Homem, mas acreditais neles tão pouco que santificastes a escravidão constitucionalmente" -, acabou prevalecendo a vontade da ala mais conservadora, defensora dos interesses econômicos da burguesia marítima, tendo nas palavras de Antoine Banarve sua mais perfeita síntese: "Esse regime é absurdo, mas está estabelecido e uma pessoa não pode manipulá-la grosseiramente sem desatar a maior das desordens. Esse regime é opressivo, mas dá sustento a vários milhões de franceses. Esse regime é bárbaro, mas um barbarismo ainda maior resultará se interferirmos nele sem o necessário conhecimento"⁶⁴.

Negligenciados pelos próceres da Revolução Francesa, os negros escravos do Haiti eclodiram sua própria revolução em 1791 e, após 13 anos de luta contra os exércitos da França, Espanha e Inglaterra, deram origem à primeira revolução de escravos vitoriosa da história, abolindo a escravidão e declarando a independência do país.

⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32ª. ed. São Paulo, Saraiva: 2013.

⁶² SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar*. ensaios selecionados. São Paulo: Companhia das Letras, Penguin Books, 2014.

⁶³ JAMES, C.L.R. *Os Jacobinos negros*. Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. São Paulo, Boitempo: 2000.

⁶⁴ Apud JAMES, 2000, p. 75-90.

Mais do que um dado histórico, este fato pode ser lido como a demonstração prática e basilar da tensão latente entre a vontade política de um povo - o poder popular constituinte - e a aspiração de estabilidade que todo poder constituído busca. O paradoxo democrático é que, embora titular da soberania e sujeito criador da constituição, o povo é sempre temido. Isso porque, numa democracia, o poder constituinte nada mais é do que o povo concreto atuando de forma permanente, existindo ao lado e acima da constituição, com autoridade e força para estabelecê-la, preservá-la e revogá-la⁶⁵.

Esse conflito medular entre povo e poder constituído já havia sido identificado por Maquiavel como o pressuposto essencial para se entender a liberdade num regime democrático - não como uma forma política estável, mas como produto de forças em disputa, resultado possível de uma luta permanente. Não há de se falar em busca por segurança, mas em uma ação de criação social que se renova constantemente ao longo da história. É da confrontação perene do poder constituído com a possibilidade real de sua deposição pelo poder popular que se institui a unidade do corpo social. Em Maquiavel, a fundação contínua da liberdade passa a ser um fator de sobrevivência de qualquer sociedade que se pleiteia democrática⁶⁶. Como ele mesmo afirma na conclusão de seus *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*: "Para manter sua liberdade, uma república necessita, todo dia, de novas providências"⁶⁷.

Ora, se o conflito entre governantes e governados existe desde os primórdios do Estado Democrático, sendo contínuo o processo de fundação e refundação das leis de uma República, não se trata mais de identificar quando a soberania popular foi supostamente traída pelos governantes, mas sim de compreender a soberania como fruto mesmo do conflito entre poder constituinte e poder constituído, entre representantes e representados, entre povo e Estado.

Sob esse ponto de vista, o poder popular constituinte nunca se transforma em poder constituído e, tampouco, deixa que este se consolide. E é justamente nessa ameaça constante que reside sua força transformadora. Um processo de transformação que não é linear, ascendente, mas engloba períodos lentos - nos quais se sucedem alterações setoriais ou quantitativas - e períodos de aceleração em que se precipitam modificações radicais, saltos qualitativos.

⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. 1a. Ed. São Paulo, Quartier Latin: 2008.

⁶⁶ BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo, Loyola: 1991.

⁶⁷ MACHIAVELLI, Nicollò (1469-1527). *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. de Sérgio Bath. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

Desta forma, seria mais correto falar em uma dialética da soberania, entendendo-a como a síntese dos elementos colidentes (povo e Estado) que está em constante transformação por carregar em si, ao mesmo tempo, a negação de uma determinada realidade, a conservação de algo essencial que existe nessa realidade negada e a elevação dela a um nível superior⁶⁸.

Ao fim e ao cabo, a síntese dialética da soberania superaria também o falso impasse criado pela ideia de crise de representatividade. O conflito entre governantes e governados, a tensão entre povo e poder constituído não é o colapso da democracia, mas seu *mise-en-scène*, seu espaço próprio de atuação e gestação. A crise de representatividade deixa de ser encarada como uma anomalia do sistema e passa a ser vista como característica intrínseca ao exercício da soberania popular.

É por esse caráter provisório e de constante mutação que a soberania popular nunca alcança a estabilidade necessária para ser capturada em sua integralidade dentro do texto constitucional. A soberania popular não se resume nem se confunde com a superfície das técnicas de sufrágio ou manifestação de vontade popular solidificadas nas constituições⁶⁹. Para além dessa aparência positivada, a essência da soberania popular se manifesta na recriação contínua do social exercida pelo povo concreto, seja por meio do direito de resistência, seja através de manifestações políticas menos formais, externas aos mecanismos legais de representação⁷⁰.

Partindo desta visão dialética, seria possível defender que o exercício da soberania popular não se dá apenas através das formas positivadas em Lei, mas se constrói, sobretudo, na prática social contínua de fundação da liberdade por meio do povo enquanto detentor real e ativo do poder constituinte.

A soberania dialética reforçaria, portanto, o condão entre democracia e autogoverno. Mais que votar, consentir ou fiscalizar, o exercício prático do poder popular é entendido como requisito de eficácia social da Constituição em um Estado Democrático.

Essa perspectiva de poder constituinte não estaria em conflito com os pressupostos do Direito Administrativo. Ramo da ciência jurídica que se ocupa das regras e princípios reguladores da relação jurídica entre o Estado e o particular, o Direito Administrativo

⁶⁸ KONDER, Leandro. *O que é dialética?* São Paulo: Brasiliense, 2008.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª. ed. São Paulo, Malheiros: 2012.

⁷⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

trabalha com a ideia chave de que, nessa relação com o povo, a Administração Pública deve se nortear e limitar pelo cumprimento da função administrativa⁷¹.

Ao criar o Estado através da Constituição, o poder constituinte, na qualidade de manifestação maior da vontade coletiva, também determina como deve ser a organização desse Estado, sua estrutura geral, os poderes políticos que o compõem e os direitos básicos dos indivíduos e da coletividade que deverão ser respeitados e promovidos⁷².

Na tradição do Estado de Direito, com intuito de melhor realizar seus fins e objetivos, a atividade estatal costuma ser repartida em três funções complementares: legislativa, administrativa e jurisdicional. Enquanto a primeira se destinaria à atividade de formação do direito, as outras duas atuam na sua realização. Na objetiva distinção de Seabra Fagundes, ao legislar, o Estado editaria o direito positivo, ao administrar, aplicaria a lei de ofício e, ao julgar, aplicaria essa lei contenciosamente, como resultado de um processo judicial⁷³.

Mas essa aplicação da lei de ofício não deve ser entendida como uma ação automática de executar, roboticamente, o que está escrito na letra fria da lei. Primeiro porque, quando se fala em aplicar a lei, não se deve cair no erro comum de restringir essa ação às leis ordinárias criadas pelo legislativo, esquecendo-se da Constituição. Se as leis criadas pelo poder legislativo são uma tentativa de melhor positivizar os fins instituídos pelo poder popular constituinte, não haveria lógica em defender um agir estatal que executasse cegamente as leis do parlamento, mesmo que isso significasse o desrespeito ou descumprimento dos próprios preceitos constitucionais. Ao agir, a Administração realiza o Direito e não a lei isolada. O próprio Seabra Fagundes aponta nesse sentido ao esclarecer que “a administração tem como finalidade exclusiva os fenômenos de realização do direito; a legislação é formadora do direito, e a administração executora”. É por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello falará em “sistema legal”⁷⁴ e autores contemporâneos,

⁷¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 39.

⁷² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4 ed. Forense, Rio de Janeiro: 1967, pg. 15.

⁷³ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 16-17.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, pg. 79.

como Ricardo Martins, optem por se referir à aplicação do Direito globalmente considerado⁷⁵.

Essa aplicação da lei tampouco é automática já que, para concretizá-la, a Administração Pública precisará acomodá-la às distintas situações jurídicas individuais, naquilo que Seabra Fagundes chamou de “trabalho de individualização”, através do qual as situações abstratamente consideradas na lei alcançariam, na prática, as situações concretas do dia a dia compreendidas na generalidade dos enunciados legais. A criação dessas situações jurídicas individuais seria a essência da função administrativa⁷⁶. Não é por outro motivo que Celso Antônio Bandeira de Mello identificará o exercício da função administrativa com a satisfação dos interesses da coletividade⁷⁷. Todo poder que a Administração possa concentrar será instrumental e limitado ao dever de proteger e promover os interesses da coletividade. Daí se falar em poder-dever ou, mais adequado ao grau de importância, *dever-poder* de atender os interesses públicos por quem exerce a função administrativa.

É de se perguntar, então, se é possível a Administração Pública individualizar devidamente as normas legais, criando as situações jurídicas individuais, sem a participação desses próprios indivíduos nos atos de concretização de seus direitos. Ou questionar como se poderia exercer a função administrativa, entendida como dever-poder de satisfação dos interesses coletivos, sem se garantir que os cidadãos que compõem essa mesma coletividade possam interferir de modo eficaz na tomada de decisão administrativa.

Para responder a essas perguntas é preciso, antes de tudo, melhor compreender o que se entende interesse público.

Muita tinta já foi derramada na busca por essa definição. Apesar de não haver um conceito positivado em lei, não seria errado afirmar que uma das perspectivas mais aceitas na teoria brasileira atual é aquela proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o interesse público corresponderia aos interesses individuais em sua dimensão pública⁷⁸, ao “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”⁷⁹. Nessa visão, o interesse público até poderia se contrapor a um determinado

⁷⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de Direito Administrativo - v.5: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pg. 48.

⁷⁶ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 19-20.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 72

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 66.

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 62.

interesse individual, mas não seria possível que esse mesmo interesse público se chocasse com os interesses de cada um dos membros da sociedade⁸⁰.

Não parece ser o caso de discutir a correção ou erro desta definição, mas sim de situá-la como fruto de um determinado contexto histórico e político.

Em artigo dos anos 1960⁸¹, o filósofo alemão Gerhart Niemeyer, buscando distinguir interesse público do privado, sistematizou quatro possíveis pontos de vista oriundos da ordem grega, cristã, liberal e marxista.

Mesmo não existindo, na antiguidade grega, uma diferença expressa entre interesse público e privado, Niemeyer encontrou indícios dessa distinção nas reflexões de Platão e Aristóteles sobre os elementos que constituíam a alma humana, dividida entre a razão e a paixão⁸².

A parte racional, chamada de *logos* ou *naus*, seria uma espécie de prudência comum a todos que habilitaria os homens a viver em paz e amizade. É nessa consciência racional que residiria a essência da comunidade pública para os gregos.

Ao lado desse *logos*, estaria a paixão, a parte apetitiva da alma voltada para a satisfação das necessidades e a autopreservação. É esse apetite voraz que incitaria a produção e o acúmulo dos bens materiais, fomentando as atividades econômicas e produtivas imprescindíveis à sobrevivência e desenvolvimento da humanidade.

Contudo, para os gregos, o exclusivismo egoístico da paixão só contribuiria para a vida comunitária se comandada pela razão; do contrário, tenderia à desorientação e perversão da sociedade. Seria preciso encontrar um ponto de equilíbrio em que se pudesse gozar os desejos da paixão sem se submeter por completo a eles. A esfera privada da economia estaria, portanto, subordinada à esfera pública do *naus*. Residiria aí a distinção entre interesse público e privado. Enquanto as atividades econômicas estariam movidas

⁸⁰ Na explicação complementar de Ricardo Martins, “a definição do interesse público, dos particulares enquanto partícipes de uma sociedade, leva em consideração o interesse privado desses particulares. E assim o faz pela óbvia razão de que o particular não deixa de tê-lo ao se inserir na sociedade e, por evidente, não tem interesse de seus interesses privados sejam obstados. Assim, seu interesse enquanto partícipe da sociedade (dimensão pública do interesse privado) leva necessariamente em consideração seus interesses privados (dimensão privada do interesse privado)” (MARTINS, 2019, 47).

⁸¹ NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado*. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

⁸² O resgate histórico feito nesta parte da exposição sobre as ordens grega, cristã, liberal e marxista terá como base as reflexões de Gerhart Niemeyer no artigo supracitado.

pelo interesse privado, o interesse público seria dirigido pela consciência da ordem racional da justiça.

Se na antiguidade grega o destino do homem estava subordinado à vida em comunidade pautada pela razão, na ordem cristã medieval o fim primeiro de toda humanidade passa a ser a salvação da alma individual. Nessa visão, o martírio de Jesus Cristo, filho de Deus, ao morrer na cruz para a redenção dos pecados da humanidade, exigiria a repressão dos desejos individuais em busca da redenção divina da própria alma, que se transforma no interesse privado primordial. E como essa salvação viria apenas de Deus, todo sistema político estaria subordinado à autoridade superior da lei natural divina. A partir das reflexões de Agostinho e Tomás de Aquino, seria possível conceituar o interesse público da ordem cristã como a garantia do mínimo de paz, ordem e justiça social necessários à redenção das almas, alcançada somente na relação individual dos homens com Deus. Estaríamos, então, diante de um interesse público limitado, que participa indiretamente na salvação humana ao garantir o mínimo de paz social⁸³.

Na era moderna, o pensamento liberal de John Locke inverterá por completo a lógica grega e cristã a respeito dos fins da ordem pública. Segundo ele, a política serviria, primordialmente, para garantir aos apetites aquisitivos do homem o maior grau de satisfação possível. Como explicita em seu *Segundo tratado sobre o governo civil*⁸⁴, "Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão para que se servissem dele para o maior benefício de sua vida e de suas conveniências"⁸⁵. E uma vez que, "através de um consentimento tácito e voluntário, eles descobriram e concordaram em uma maneira pela qual um homem pode honestamente possuir mais terra do que ele próprio pode utilizar⁸⁶", outra conclusão não se poderia chegar a não ser a de que "o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade"⁸⁷. A comunidade política se edificaria, desse modo, não mais sobre o que é comum aos seres humanos, mas sobre as necessidades e aspirações individuais. O apetite da propriedade passaria a direcionar a vida em comunidade. O desejo se sobrepõe à razão.

Coube a Adam Smith acrescentar o pensamento liberal de Locke a ideia de que, para se chegar à concepção de uma comunidade que se baseasse unicamente na utilidade privada, seria necessário que os interesses dos indivíduos se auto regulassem de modo a

⁸³ NIEMEYER, 1967, pg. 17.

⁸⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994

⁸⁵ LOCKE, 1994, parágrafo 26.

⁸⁶ LOCKE, 1994, parágrafo 50.

⁸⁷ LOCKE, 1994, parágrafo 124

harmonizar os apetites aquisitivos com seus meios escassos de satisfação. A esse ajuste autônomo das atividades econômicas Adam Smith chamou de Mão Invisível.

A satisfação do ímpeto consumista, do acúmulo exponencial de bens e propriedades, passa, então, a ser a régua de avaliação do interesse público. Bom governo e economia eficiente seriam duas faces da mesma moeda. A melhor ordem pública liberal seria aquela que interferisse o menos possível no equilíbrio criado pela Mão Invisível, restringindo-se a proporcionar meios legais e institucionais que criassem maior agilidade e segurança à satisfação dos desejos individuais.

O desenvolvimento histórico da democracia liberal de matriz Lockean demonstrou, com o passar do tempo, a dificuldade em se consolidar um interesse público tangível derivado dos ajustes autônomos da Mão Invisível, o que poderia pôr em risco a própria satisfação dos interesses individuais. E foi em defesa destes interesses individuais que se passou a exigir uma Administração estatal que supere a posição passiva de proteção negativa para uma promoção pública dos interesses privados. O fim da ordem política deixa de ser a intervenção mínima no equilíbrio da Mão Invisível e passa a ser o de identificar e remover os obstáculos à satisfação do apetite consumidor dos indivíduos.

Em nome dessa satisfação, o governo invade cada vez mais a esfera demarcada dos interesses individuais. O interesse público, nessa perspectiva, passa a ser entendido como “a administração pública das satisfações privadas”⁸⁸. Não é difícil ver nesse governo da satisfação do prazer traços do Estado Democrático de Direito e de Bem-Estar Social consolidado como modelo da ordem política a partir do século 20.

Esse resgate traz nova luz ao conceito de interesse público lapidado por Bandeira de Mello. Isso porque, ao igualá-lo aos interesses individuais em sua dimensão pública, o autor não deixa de se filiar à tradição liberal iniciada por Locke. Identificar o interesse público com o “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade” é um conceito que se coaduna com uma perspectiva liberal do Estado. Isso significa que, mesmo mais próxima a uma faceta social e igualitária, essa perspectiva, como toda e qualquer posição liberal, ainda restringe o interesse público à defesa da propriedade privada como base da subsistência individual e à satisfação dos apetites egoísticos de ordem econômica.

Essa afirmação não deve ser encarada como demérito, mas sim esclarecimento necessário das circunstâncias históricas em que o conceito de Celso Antônio foi cunhado. E se faz necessária para afastar o risco de naturalizar como únicos possíveis os pressupostos liberais. A democracia liberal e o regime capitalista não são onipresentes e imortais, como

⁸⁸ NIEMEYER, 1967, pg. 20.

quer fazer crer a indústria cultural⁸⁹. O consumismo avaro e o propriedade privada absoluta não são os únicos critérios de realização do interesse público. Não era assim na antiguidade grega, e mesmo no medievo cristão. Por que seria no futuro?

A perspectiva marxista de interesse público, como analisada por Gerhart Niemeyer, ajuda a desnaturalizar essa concepção liberal. Para ele, a ideia de interesse público em Marx se distancia tanto da ordem grega como da liberal, ao negar a supremacia da razão e o absolutismo da propriedade privada.

Em primeiro lugar, ao identificar na concretude do trabalho a ação transformadora da natureza que funda e sustenta a humanidade, Marx acaba por refutar qualquer possibilidade de transcendência da razão sobre a vida material⁹⁰.

Por outro, sendo o trabalho o elemento primordial da humanidade, qualquer possibilidade de apropriação privada desse trabalho acabaria por colocar em xeque o próprio convívio humano. O trabalho, dessa forma, precisaria ser cada vez mais comunitário, a ponto de a ordem da política ser substituída pela ordem do trabalho. Numa sociedade futura em que se garanta a plena socialização das condições e frutos do trabalho, o interesse público passaria a ser a própria administração estatal do trabalho⁹¹.

Mesmo adotando a visão marxista de centralidade do trabalho como fator essencial de organização da ordem pública, aceitar como consequência desse pressuposto que o interesse público se resumiria à administração estatal do trabalho, como apontado por Niemeyer, é continuar mantendo nas mãos do Estado o monopólio sobre o interesse público. Mesmo que Administração Pública deixe de gerenciar a satisfação do prazer e passe a regular o mundo do trabalho, ainda assim é a razão ensimesmada do Estado que continua se impondo aos interesse privados.

Além dos riscos inerentes a qualquer concentração de poder, que poderia propiciar desvios totalitários similares ao regime stalinista na Rússia soviética, restringir a perspectiva marxista de promoção do interesse público à administração estatal do trabalho é condicionar sua satisfação à pré-existência de um governo controlado pelos trabalhadores. O interesse público, desse modo, jamais se satisfaria numa democracia liberal capitalista.

⁸⁹ Exemplar nesse sentido são os programas infantis *A Família Dinossauros*, *Os Flintstones* e *Os Jetsons*, que adotam a propriedade privada e a sociedade de consumo como padrões atemporais da vida em sociedade na terra.

⁹⁰ "É uma questão de aceitar a dignidade do trabalho, seja ele qual for. Politicamente, o âmago é aceitar a dignidade do trabalho. E o trabalho não é uma coisa servil. É algo que exprime a alma da pessoa", sintetiza Nise da Silveira, médica psiquiatra alagoana, em depoimento integrante do documentário *Imagens do Inconsciente*, de 1986, dirigido por Leon Hirszman. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=EDg0zjMe4nA>. Acesso em 17 nov. 2019.

⁹¹ NIEMEYER, 1967, pg. 22.

Em última instância, seria preciso a revolução social, a ditadura do proletariado e a substituição do Estado pelo comunismo para alcançar esse fim. Uma alternativa por demais remota no atual contexto histórico.

Ao revés, diante de uma realidade de consolidação momentânea do modelo capitalista liberal, parece mais condizente com a própria perspectiva de centralidade do trabalho apontar para um cenário de construção contínua do interesse público pelos trabalhadores, fruto de uma resistência contra-hegemônica⁹² similar à ideia de poder popular constituinte que nunca se transforma em poder constituído e, tampouco, deixa que este se consolide.

Numa democracia liberal capitalista, essa construção contínua e conflitante do interesse público se daria como fruto da luta de classes, da tensão constante entre os interesses dos setores sociais que disputam a hegemonia de poder. É do embate antagônico entre dominantes e dominadas, típica da soberania dialética que envolve a relação entre governantes e governados, que se construiria o que é o interesse público em cada momento histórico.

Essa é, inclusive, uma forma de melhor responder às críticas que vêm sendo atribuídas ao princípio da supremacia do interesse público⁹³. Isso porque só se pode falar em supremacia do interesse público se ele for entendido não como aquele definido exclusivamente pelo Estado (modelo autoritário), ou pelo poder econômico privado (modelo liberal), mas sim como fruto da tensão entre os distintos interesses privados que compõem a atual sociedade de classes, da síntese dialética e contingente entre os interesses antagônicos do poder econômico e do povo.

Isto dito, pode-se afirmar que, num Estado Democrático de Direito como o Brasil, o melhor interesse público possível, porque oriundo da mais viável composição de interesses numa sociedade capitalista, economicamente desigual e politicamente concentrada como a brasileira, é aquele que tem como norte o que se consolidou na Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, concorda-se com Ricardo Martins quando afirma que “o interesse público refere-se à realização dos valores constitucionais, contemporaneamente chamados

⁹² Os conceitos de hegemonia e contra-hegemonia utilizados neste texto são extraídos do pensamento de filósofo italiano Antonio Gramsci, segundo o qual existe uma impositiva preservação do domínio cultural e da liderança das classes dominantes sobre o *status quo* da sociedade. GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

⁹³ Um panorama dessas críticas e de possíveis respostas a ela está sistematizada em: GABARDO, Emerson. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

de princípios constitucionais”, por serem estes a melhor “síntese de todos os interesses juridicamente relevantes”⁹⁴. Contudo, faz-se necessário acrescentar que, por conta da própria origem conflituosa dessa síntese, esses valores constitucionais precisam ser fundados e concretizados continuamente.

O poder popular constituinte não se esvai com o encerramento dos trabalhos da Assembleia Constituinte e posterior promulgação da Constituição. Ele não é substituído pela Administração Pública e chamado a sair de sua letargia em eleições bianuais ou em referendos e plebiscitos esporádicos. Não há como a Administração cumprir sua função de aplicar o Direito, satisfazendo o interesse público ao individualizar a lei em situações jurídicas particulares, tendo ouvidos mudos a esse próprio público.

Se o regime jurídico administrativo, como sintetiza Silvio Luís Ferreira da Rocha, é aquele que busca “imprimir certa racionalidade a um conjunto de princípios e regras existentes no ordenamento jurídico que incidem e disciplinam as relações jurídicas administrativas”⁹⁵, e o elemento característico da função administrativa é satisfação das necessidades coletivas⁹⁶, esse rigor racional só tem razão de existir se conseguir auxiliar a Administração Pública a conjugar o material fático e jurídico necessários para se encontrar a melhor resposta aos problemas sociais que lhe batem à porta⁹⁷ sempre que se vê diante do desafio de individualizar o direito em situações jurídicas concretas, ou, na melhor expressão de Seabra Fagundes, sempre que constituir atos administrativos que “realizam o direito pelo individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo”⁹⁸.

Deste modo, só nos parece possível adotar o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello de ato administrativo como declaração jurídica do Estado⁹⁹, se essa declaração for encarada a partir de uma situação comunicativa em que os cidadãos não se encontrem mais numa condição de sujeição irrestrita perante a Administração, mas sim numa perspectiva de paridade jurídica na qual todos os envolvidos estão, em igual medida, subordinados à lei e ao direito¹⁰⁰.

⁹⁴ MARTINS, 2019, pg. 45 a 49.

⁹⁵ ROCHA, 2013, pg. 49.

⁹⁶ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 21.

⁹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *Metodología del Derecho Administrativo*: reglas de racionalidade para la adopción y el control de la decisión administrativa. Madrid, Marcial Pons: 2016, pg. 129.

⁹⁸ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 20.

⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 393.

¹⁰⁰ MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra. Almedina, 2007, pg. 497.

De acordo com a teoria da comunicação, para que ela exista é preciso que uma mensagem seja enviada pelo transmissor através de um código passível de ser compreendido pelo receptor em um determinado contexto. A esse contexto, que engloba as circunstâncias de espaço e tempo em que se encontram o emissor e receptor, dá-se o nome de situação comunicativa. Quando a mensagem não é decodificada corretamente, fala-se em ruído na comunicação.

Esses ruídos ocorrem porque toda situação comunicativa é reflexiva, ou seja, a mensagem enviada do emissor para o receptor importa numa reação deste para aquele. Essa reação pode gerar, inclusive, um questionamento sobre a correção em si da própria mensagem transmitida. É por isso que, numa situação comunicativa, não basta dizer, é preciso provar o que se diz.

Em sua *Teoria da Norma Jurídica*¹⁰¹, Tercio Sampaio Ferraz Jr. vê nas normas jurídicas mensagens próprias de uma situação comunicativa. Contudo, distingue-as das demais mensagens porque a norma buscaria garantir a maior segurança jurídica possível, afastando qualquer tipo de ruído gerador de conflitos entre os partícipes da situação comunicativa. Para tanto, devem gozar de exigibilidade e presunção de veracidade, relegando ao destinatário - e não ao emissor - a obrigação de provar que a mensagem não é válida e não pode ser aplicada ao caso concreto.

Entendendo atos administrativos como normas jurídicas, e examinando-os pela perspectiva da situação comunicativa proposta por Tercio Sampaio Ferraz Jr., um dos principais desdobramentos dogmáticos seria de que o ato administrativo passaria a gozar dos atributos de autoexecutoriedade e presunção de legitimidade, gerando efeitos imediatos e ininterruptos até que sua invalidade seja arguida pelo administrado e reconhecida pelo órgão competente. Em última instância, caberia ao administrado provar a invalidade do ato, o erro da mensagem¹⁰².

¹⁰¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁰² Neste sentido, Ricardo Martins vai defender que, "por força do atributo da presunção de legitimidade do ato administrativo, a invalidade do ato, se não reconhecida de ofício pela Administração, deve ser impugnada pelo administrado. Esse dever gera, em juízo, a inversão do ônus da prova: regra geral, tem o administrado, quando impugnada a questão no Judiciário, o ônus de provar a invalidade". MARTINS, Ricardo Marcondes. *Atributos do ato administrativo*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>.

É de se questionar o quanto essa perspectiva é refém daquilo que o jurista português Pedro Machete chama de relação jurídica administrativa de “supra e infra-ordenação”¹⁰³. Nela, a função administrativa se limita à tutela da legalidade objetiva e o cidadão é colocado numa posição de subordinação frente à Administração, dotada de uma “mais-valia jurídica” que legitimaria a supremacia de suas decisões pelo simples motivo de serem oriundas do poder estatal, independente de seu conteúdo ou do contexto fático e jurídico em que foram tomadas. Um modelo de relação jurídica, poderíamos acrescentar, pautada no dito popular de que “manda quem pode, obedece quem tem juízo”.

Machete contrapõe a esse modelo o que chama de Administração paritária. Nela, o “Estado-Administração deixa de ser caracterizável como um poder que confronta os cidadãos a partir da sua posição de supremacia jurídica; ao invés, e tal como eles, é um sujeito de direitos e deveres”¹⁰⁴. Substitui-se a mera legalidade objetiva por “uma perspectiva de legalidade democrática em que a Administração, tal como os particulares, apenas pode exercer seus poderes jurídicos que normativamente lhe hajam sido concedidos”¹⁰⁵, tendo como pressuposto e fim último a defesa dos direitos dos cidadãos.

Esse modelo paritário seria mais condizente com o Estado de Direito Democrático baseado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular proposto pela Constituição Federal de 1988. A partir dela, Administração e cidadão passam a ser vistos como sujeitos iguais de uma relação jurídica e a defesa do direito não é mais prerrogativa exclusiva do Estado, mas fruto dessa relação de tensão entre o povo e a Administração¹⁰⁶.

Nessa perspectiva, não há de se falar em superioridade de nenhum dos polos partícipes da situação comunicativa envolvendo Administração e administrado. A supremacia residiria na mensagem em si, no interesse público que a norteia, fruto de uma síntese dialética, do melhor consenso possível entre a ruidosa relação do Estado emissor com o cidadão receptor.

Portanto, seria possível dizer, como posto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁷, que a participação popular na gestão e controle da Administração Pública é pressuposto essencial a definir as relações jurídicas administrativas, desde o ponto de vista do pluralismo político próprio do Estado de Direito Democrático. Parece-nos óbvia e de difícil

¹⁰³ MACHETE, 2007, pg. 573.

¹⁰⁴ MACHETE, 2007, pg. 36.

¹⁰⁵ MACHETE, 2007, pg. 457.

¹⁰⁶ “A defesa do direito não é assegurada por causa do Estado, mas, em primeiro lugar, em razão de cada indivíduo que é pensado numa relação de tensão com a Administração” (MACHETE, 2007, pg. 37).

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na administração pública*. R. Dir. Adm, Rio de Janeiro, 191: 26-39, jan.mar. 1993

oposição a constatação de que o Estado, agindo unilateralmente, não teria mais condições de proteger e promover a exaustiva gama de interesses públicos consolidados na Constituição de 1988.

Ensimesmada, diante de um contexto social complexo e conflitivo, a Administração Pública se torna cada vez menos capaz de decidir por conta própria qual a melhor forma de concretizar os valores constitucionais. É preciso se abrir ao outro, ao povo, à participação popular, para melhor promover o interesse público fruto do consenso provisório e em constante construção dos interesses particular das classes sociais antagônicas.

Contudo, cabe reproduzir o alerta que a própria Di Pietro traz sobre a adoção dessa visão de Administração paritária na realidade brasileira. Se é inegável que a Constituição de 1988 trouxe avanços significativos na promoção da participação popular, ainda são grandes as dificuldades para sua efetivação, “quer porque muitos dos instrumentos de participação estão previstos em normas programáticas, quer pelo desinteresse da grande massa da população, voltada que está para a própria sobrevivência, quer pelo desinteresse do poder público em implantar esses mecanismos”. Nesse impasse, as decisões administrativas que afetam a vida pública continuam sendo adotadas sob influência quase que unilateral de seletos grupos políticos e setores econômicos. “As pequenas associações e organizações, e mais ainda os indivíduos isolados, apesar da boa vontade dos autores dos textos legais e constitucionais, não têm na democracia pluralista outro meio de participação senão o das eleições”, conclui a autora¹⁰⁸.

Essa constatação de Di Pietro data de artigo escrito originalmente em 1993. Passados mais de 25 anos, permanece inalterável ou haveria avanços legais e teóricos que ajudariam a melhor garantir a participação popular nas decisões e atos administrativos?

No campo teórico, os avanços são inegáveis. Como exemplo, pode-se citar novos posicionamento de autores clássicos, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que, em um de seus últimos escritos¹⁰⁹, propugnou por uma visão de Direito Administrativo como instrumento de realização da democracia substantiva do século 21, dando relevância nuclear ao princípio da responsividade. Caracterizada como o coerente comportamento esperado dos agentes públicos em concordância e obediência à soberana vontade dos governados, Diogo de Figueiredo defende que a responsividade é um princípio instrumental da democracia e um dever jurídico autônomo de todo agente do Poder

¹⁰⁸ DI PIETRO, 1993, pg. 38.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011

Público, “uma vez que se destina a salvaguardar o núcleo significativo da legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade na ação pública”¹¹⁰.

Autores contemporâneos, como Floriano de Azevedo Marque Neto¹¹¹, vão defender a superação definitiva de uma visão de ato administrativo como manifestação unilateral da autoridade estatal, que não confere importância ao cidadão e não leva em consideração a interação com os interesses e atores externos. Marques Neto chega a designar esse ato administrativo de “autista”, por conta de seu “brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são os destinatários e razão de ser da prática desses atos”¹¹².

Apesar de reconhecer a importância dessas contribuições teóricas, não nos parecer que a relevância da participação popular na construção dos atos administrativos seja fruto, somente, de um contexto contemporâneo. Ao contrário, entende-se que, não de hoje, ela está imbricada ao conceito de ato administrativo. Nesse sentido, a participação popular não seria apenas uma técnica contemporânea de administração consensual, mas sim, por sua relevância, elemento constitutivo do próprio ato administrativo - um de seus pressupostos de regularidade.

Já nos anos 1940, Seabra Fagundes indicava que, no desenvolvimento das relações recíprocas entre Estado e indivíduo, surgiriam situações contenciosas fruto do “choque entre o conceito da Administração Pública sobre as restrições a que o direito positivo submete as atividades particulares e a noção que tem o indivíduo da amplitude dos seus direitos”¹¹³.

Boa parte desses conflitos se resolveria pela subsunção da atividade administrativa aos limites pré-estabelecidos no ordenamento jurídico. Contudo, a variedade e multiplicidade das situações que se apresentam à Administração Pública no trabalho de individualização do Direito aos casos concretos impedem uma prévia regulação que tudo abarca de modo taxativo e uniforme. O exercício da função administrativa seria condicionado, dessa forma, por “uma série de circunstâncias ocasionais” impossíveis de prever. Não sendo útil “descer à rigorosa minuciosidade, o que resultaria em nocivo entrave

¹¹⁰ MOREIRA NETO, 2011, pg. 24.

¹¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In Os Caminhos do Ato Administrativo, coord. Medauar, Odete e Schirato, Vitor Rhein. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 89/113.

¹¹² MARQUES NETO, 2011, pg. 96.

¹¹³ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 99.

à realização das finalidades visadas pela atividade administrativa”, Seabra Fagundes postula que, por conta disso, o ordenamento jurídico “permite em muitos casos ao Poder Executivo que seja discricionário em relação à conveniência, oportunidade e modo de agir”¹¹⁴.

Mas, como essa margem de atuação discricionária não se exerce fora da sujeição à lei e tendo como fim último a melhor realização do interesse público, sob o risco de se transformar em mero poder arbitrário¹¹⁵, surge então a necessidade de ampliar e aprimorar o controle político-jurídico sobre as atividade administrativa, de modo a garantir sua submissão à ordem jurídica constitucional¹¹⁶.

Passados quase oitenta anos, a síntese que Seabra Fagundes faz sobre a complexidade que envolve o exercício e controle da atividades administrativas do Estado permanece tão atual, que vale a transcrição extensa: “O seu feitio, puramente ativo, a incidência direta de todos os atos sobre o indivíduo, a variedade das circunstâncias, em face das quais tem de agir, dificultam, por um lado, a sua disciplinação, que não se pode adstringir a cânones rígidos, e, por outro, a fiscalização de seu desenvolvimento, tanto para proteção do indivíduo, como para segurança do bom funcionamento do mecanismo estatal”¹¹⁷.

Seabra Fagundes vai identificar, então, um tríplice sistema de controle das atividades administrativas composto pelo controle administrativo, legislativo e jurisdicional. O autor focará seus estudos, entretanto, nas nuances relacionadas ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, opção que parece ser preponderante na teoria administrativa brasileira desde então.

Apesar de se concordar com a importância crucial da função jurisdicional como instância contramajoritária de defesa e manutenção dos valores e princípios constitucionais, acredita-se que sua relevância na esfera do controle dos atos administrativos precisa ser sopesada diante da realidade dos pequenos municípios brasileiros, imensa maioria dentre os entes públicos no país. Isso porque, no cotidiano de boa parte destes municípios, o Judiciário é uma instância distante e, muitas vezes, inacessível. Estudos do Ministério da Justiça apontam que o acesso à justiça no Brasil consegue ser mais desigual do que o encontrado em outras áreas, como distribuição de renda, educação e saúde. Para se ter uma ideia, enquanto a diferença de IDH entre estados

¹¹⁴ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 103.

¹¹⁵ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 20.

¹¹⁶ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 100.

¹¹⁷ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 107 e 108.

brasileiros chega a 20%, diferenças regionais no acesso à justiça podem alcançar 1000%. Por conta disso, recorrer ao juiz para a revisão de um ato administrativo é rara exceção numa realidade de impossibilidade técnica, econômica e mesmo física de acesso ao Poder Judiciário¹¹⁸.

O melhor caminho, nessas circunstâncias, parece ser, por uma frente, focar na controle realizado ainda na instância administrativa e, por outra, promover uma revisão ampliada sobre o que se entende por controle.

Silvio Luís Ferreira da Rocha esclarece que a origem da palavra controle remonta ao seu correspondente em francês - *contre-rôle* - que significa "cópia de um registro guardada para ser comparada com o registro original, a fim de permitir a verificação de dados"¹¹⁹. Apesar dos variados usos que a palavra adquiriu ao longo dos anos, desde aqueles que a aproximam da ideia de direção ou gestão, até os que veem nela um sinônimo de dominação ou centralização, sob o ponto de vista jurídico, o controle passou a ser entendido por um viés mais restrito à vigilância e fiscalização, como uma "verificação de conformidade de uma ação a uma norma que a ela se impunha"¹²⁰.

O papel dado à participação popular na gestão e controle da Administração Pública como pressuposto essencial do pluralismo político característico do Estado de Direito Democrático¹²¹, no qual Administração e cidadão passam a ser vistos como sujeitos iguais de uma relação jurídica e onde a defesa do direito deixa de ser prerrogativa exclusiva do Estado e passa a ser fruto da relação de tensão entre o povo e a Administração¹²², exige uma superação da ideia de controle popular dos atos administrativos como ação de natureza posterior e adstrita à verificação de conformidade legal.

Não é só no controle ulterior que residiria a participação popular nos atos administrativos. É preciso ampliar a perspectiva do que esse entende por controle popular da administração, para nela incorporar a ideia de gestão e direção, ao lado da fiscalização e vigilância. Desta forma, o foco de atenção do controle dos atos administrativos não estaria na dicotomia entre vinculação e discricionariedade, mas na qualidade e quantidade

¹¹⁸ ONU BRASIL. *PNUD: Diferenças regionais no acesso à justiça chegam a 1000% no Brasil*, Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pnud-diferencas-regionais-no-acesso-a-justica-chegam-a-1000-no-brasil/>. Acesso em 17 nov 2019.

¹¹⁹ ROCHA, 2013, pg. 715.

¹²⁰ ROCHA, 2013, pg. 715.

¹²¹ DI PIETRO, 1993.

¹²² MACHETE, 2007.

de participação popular durante o procedimento administrativo de decisão e criação dos atos administrativos.

O trabalho de individualização das regras gerais e abstratas às situações jurídicas particulares, típico dos atos administrativo, deixa de ser entendido como um processo de cima para baixo, em que a Administração encaixa os fatos às normas pré-estabelecidas, e passa a ser visto como um processo de idas e vindas entre os fatos e as normas, em que esta vai se completando pouco a pouco com critérios adicionais suscitados pela realidade fática. Como afirma o jurista espanhol José María Rodríguez de Santiago¹²³, trata-se, então, de um processo de aproximação progressiva dos fatos à norma, e da norma aos fatos, que permitiria à decisão administrativa produzir um melhor ajuste das circunstâncias relevantes da realidade social às leis e normas que serão individualizadas.

Nessa visão, passa a ser requisito essencial de toda decisão administrativa a identificação dos interesses antagônicos em jogo, atribuindo a importância devida a cada um deles e estabelecendo quais seriam os prioritários em cada caso concreto. Essa perspectiva, além de proporcionar maior racionalidade e segurança ao exercício da função administrativa, fomenta a participação popular e o melhor controle desta sobre os atos da Administração¹²⁴.

E é justamente por isso que não se caberia mais restringir o debate à discussão entre vinculação ou discricionariedade no agir administrativo. No trabalho de concretização das normas, a competência vinculada e a discricionária não seriam excludentes, mas complementares¹²⁵. Ora se penderia pela subsunção à legalidade, ora prevaleceria a ponderação sobre a conveniência e oportunidade.

O que passa a ser relevante é a abertura desse processo de decisão à participação popular, que proporcionaria uma maior quantidade e qualidade de informações para se adotar a decisão capaz de proporcionar a melhor resposta possível aos conflitos sociais¹²⁶. Para Rodríguez Santiago, caberia à Administração construir suas decisões mediante uma progressiva acumulação de critérios adicionais que completam e concretizam o texto original da norma, de forma a melhor individualizá-la ao caso concreto objeto de cada decisão¹²⁷.

¹²³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 131.

¹²⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 133.

¹²⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 135.

¹²⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 136.

¹²⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 142.

A abertura aos fatos e interesses que a participação popular promove se apresenta, então, como um instrumental metodológico capaz de afastar critérios meramente intuitivos e informações insuficientemente investigadas, proporcionando maior racionalidade ao procedimento de decisão administrativa¹²⁸.

Em construção teórica anterior, o português David Duarte¹²⁹ já defendia ideia similar de procedimento administrativo como estrutura de integração de interesses organizada em duas fases complementares, a extrospecção instrutória e a introspecção decisória¹³⁰. Na primeira, haveria a aquisição de toda informação necessária à “captação da realidade exterior sobre a qual a decisão vai incidir”¹³¹. Na segunda, ocorreria a utilização valorativa dessa informação para se conformar a melhor decisão administrativa alteradora da ordem jurídica.

Nessa perspectiva, a razão primordial do procedimento administrativo passa ser sua capacidade de “esgotamento potencial de todos os factores materiais que devam ser integrados para a ponderação”¹³², garantindo, assim, a “atenuação da unilateralidade autoritária da decisão conclusiva”¹³³.

Essa abertura do procedimento de decisão administrativa à realidade social e à participação popular, se não é garantia determinante de uma decisão administrativa justa e eficaz, tem o potencial de, ao menos, diminuir as incertezas e dúvidas relacionadas à própria incompletude do ordenamento jurídico, incapaz de tudo prever e abarcar.

É por isso que, para David Duarte, há uma relação direta entre a participação popular e o princípio da imparcialidade, vez que “esta função transferencial da participação no procedimento administrativo aproxima valorativamente os mecanismos participatórios da realização e otimização do princípio da imparcialidade, estabelecendo que a carreta composição do elenco de elementos da ponderação passa necessariamente pela utilização das faculdades participatórias”¹³⁴.

As possíveis resistências, no campo teórico e político, a uma Administração paritária aberta à participação popular só podem ser compreendidas dentro de um contexto de

¹²⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 142.

¹²⁹ DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra, Almedina: 1996.

¹³⁰ DUARTE, 1996, pg. 379 e 380.

¹³¹ DUARTE, 1996, pg. 381.

¹³² DUARTE, 1996, pg. 384.

¹³³ DUARTE, 1996, pg. 391.

¹³⁴ DUARTE, 1996, pg. 403

“ódio à democracia”, como argutamente apontado em ensaio homônimo de Jacques Rancière¹³⁵. Esse ódio, ao contrário do que se possa pensar, não é prerrogativa de certa elite econômica ou fruto de determinado contexto geopolítico. Ao contrário, surgiu junto com a própria democracia. Os *haters* de ontem e hoje não se opunham necessariamente ao fato de que os governantes possam ser eleitos por qualquer membro da sociedade, mas sim pelo simples fato de que, no regime democrático, qualquer um pode, em potencial, ser alçado a governante.

Não é preciso ser filósofo, sábio, possuir sangue real ou ser enviado dos deuses. Não é necessário ser homem, branco, heterossexual, rico, com MBA em gestão pública, diploma em direito, economia ou administração. Não se exige nem a conclusão do ensino médio. Se todo o poder emana do povo, qualquer do povo pode exercê-lo.

Rancière lembra, inclusive, que, nos primórdios da democracia, os governantes eram escolhidos por sorteio. Nada mais condizente com a radicalidade do pressuposto democrático. Afinal, a impessoalidade randômica do sorteio não restringiria o exercício do poder público a classes sociais específicas ou indivíduos com características pré-selecionadas. Pelo contrário, nela o governo pode — e deve — ser exercido por qualquer um, sem exceção.

Propugnar por uma participação popular como requisito procedimental das decisões e atos administrativos não se justifica apenas pelo pressuposto de que, num Estado de Direito Democrático, a Administração Pública pode e deve ser exercida por todos e por qualquer um, mas também pela constatação de que não existe um administrador iluminado, capaz de tudo prever e abarcar, protegendo e promovendo, por conta própria, a exaustiva gama de interesses públicos consolidados na Constituição de 1988.

Assim como não deve existir o que se poderia chamar de administrador *Hulk*¹³⁶ que, diante da incompletude da lei e da complexidade das situações antagônicas a que é obrigado intervir, desiste da racionalidade e, tal qual a música do Djavan, *deixa vir do coração* a decisão, mesmo que, para isso, precise *esmagar* certos direitos individuais. Tampouco seria prudente ter como modelo um administrador *Hércules*, para se utilizar do

¹³⁵ RANCIÈRE, Jacques. *Ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

¹³⁶ Hulk é um personagem de quadrinhos, livremente inspirado na obra *O Estranho Caso de Dr. Jekyll e Sr. Hyde*, de Robert Louis Stevenson. Atingido por radiação, o cientista Bruce Banner passa a conviver com um alter ego dotado de força descomunal que se apodera de seu corpo em situações limítrofes de tensão, passando a agir pautado nos mais primitivos instintos de sobrevivência. De poucas palavras, seu vocabulário se restringe ao bordão “Hulk esmaga!”.

método proposto por Ronald Dworkin¹³⁷, que buscaria, por meio de uma capacidade quase sobre-humana, avaliar por conta todos as circunstâncias fáticas e jurídicas relacionados ao caso até encontrar a única decisão correta para a situação jurídica individualizada caso.

No campo das decisões administrativas, a melhor luz, para utilizar de outra expressão do próprio Dworkin, não viria da interpretação argumentativa unilateral feita pelo administrador sobre as regras ou princípios que compõem a ordem constitucional, mas sim da participação popular que abre a Administração Pública aos fatos e interesses conflitantes que caracterizam a sociedade de classes capitalista, capazes de melhor identificar o interesse público a ser consensuado e promovido nos atos administrativos.

Se, em sua *Theoria das constituições rígidas*, de 1934, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defendia o Poder Judiciário como "oráculo da Constituição"¹³⁸, não nos parece indevido, ao fim da segunda década do século 21, identificar na participação popular o oráculo coletivo do interesse público.

Num Estado de Direito Democrático, o escrutínio do público sobre as decisões e atos da Administração Pública deve ser o mais amplo e constante possível. O agente público que promove um ato administrativo está em posição limitada, porque incapaz de abarcar todas as nuances fáticas e jurídicas que envolvem a individualização do Direito aos casos concretos. Sob esse ponto de vista, é possível identificá-lo, metaforicamente, ao diretor de um documentário. Atrás das câmeras, este diretor, primeiro, entrevistará pessoas envolvidas com o objeto de seu filme para, em seguida, na ilha de edição, selecionar as informações e relatos mais importantes do material bruto, concatenando-os em sequências lógicas, de modo a criar um discurso fílmico que passe uma mensagem capaz de, ao ser entendida pelo público, promover nele uma mudança de percepção e ação para além das telas.

De modo semelhante, no trabalho de individualização das regras gerais e abstratas às situações jurídicas particulares, típico dos atos administrativo, o administrador também partiria de uma etapa de extrospecção instrutória, onde buscaria captar o máximo de realidade exterior sobre a qual a decisão vai incidir, para, em seguida, no momento de introspecção decisória, selecionar as informações e interesses coletados através da

¹³⁷ Em suas obras *Levando os direitos a sério* (1977) e *O Império do Direito* (1986), o jurista estadunidense Ronald Dworkin apresenta como método de decisão judicial a figura imaginária do juiz Hércules, dotado da resiliência e sabedoria necessárias para esmiuçar e reinterpretar o ordenamento jurídico como um todo à procura da única resposta correta a cada um dos casos em litígio, inclusive os mais difíceis.

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1934, pg. 130.

participação popular para conformar a melhor decisão administrativa alteradora da ordem jurídica dos indivíduos a quem se destina.

A qualidade do documentário, assim como a eficácia do ato, será diretamente proporcional à riqueza do material coletado e editado. A decisão administrativa que melhor promove os interesses públicos, que melhor soluciona os conflitos sociais, é aquela fruto da participação popular, da escuta ativa, da síntese dialética oriunda da latente tensão que envolve a relação jurídica do indivíduo com a Administração Pública.

A textura aberta do direito de que fala Herbert L. A. Hart¹³⁹, ao identificar “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinarão o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”¹⁴⁰, também se aplicaria às decisões e atos administrativos.

Na visão de Hart, por conta do pluralismo político que caracteriza todo regime democrático e da própria incapacidade humana para antecipar o futuro, não seria possível um sistema jurídico que tudo antevê e regula, determinando com inteira precisão quando um objeto ou fato corresponderia aos conceitos gerais e abstratos das leis. Por conta disso, haveria graus de indeterminação¹⁴¹, zonas de foco e penumbra, a serem preenchidos por uma “escolha criadora” exercida pelos tribunais “ao interpretarem uma lei concreta que se revelou indeterminada”¹⁴². Na palavras do autor, “haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer seus poderes de criação do direito”¹⁴³, poder esse restrito e limitado a “resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos”¹⁴⁴.

Apesar das muitas críticas que se colocaram à abrangência do poder discricionário judicial que essa “função criadora” concederia aos juízes, nos parece, respeitadas as opiniões divergentes¹⁴⁵, que as respostas de Dworkin e das teorias interpretativistas à ideia

¹³⁹ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁴⁰ HART, 2001, pg. 148.

¹⁴¹ HART, 2001, pg. 143

¹⁴² HART, 2001, pg. 166.

¹⁴³ HART, 2001, pg. 336.

¹⁴⁴ HART, 2001, pg. 338.

¹⁴⁵ Para uma visão sistemática do embate entre as visões positivistas, interpretativistas e pós-positivistas acerca da teoria da decisão judicial, sugere-se a leitura do capítulo primeiro da obra de Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

de textura aberta hartiana ainda depositam no juiz o poder, quase absoluto, de encontrar a decisão correta para o caso concreto.

Se há uma ressalva à aplicação dos pressupostos de textura aberta e da escolha criadora dos tribunais ao contexto da administração pública brasileira é que, aqui, o poder de criação das decisões administrativas, que determinarão “o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes” de que fala Hart, estaria condicionado à participação popular como elemento de direção e fiscalização da promoção dos interesses públicos dentro do Estado de Direito Democrático consolidado pela Constituição Federal de 1988.

É sob esse pano de fundo que nos parece acertado o procedimento de decisão administrativa delineado por Ricardo Martins¹⁴⁶. Mesmo quem não compartilhe de todos os pressupostos da teoria neoconstitucional adotada pelo autor poderá ver, na trilha por ele proposta, uma forma de melhor concretizar a participação popular na edição dos atos administrativos.

O autor parte da ideia de princípio defendida por Robert Alexy como “mandatos de otimização em que se ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dada as possibilidade jurídicas e fáticas”¹⁴⁷. Nessa perspectiva, “os princípios positivam um valor a ser concretizado, sem definir o meio de concretização, enquanto as regras estabelecem o meio de concretização de um valor”¹⁴⁸. Sob esse ângulo, o ato administrativo consistiria “ou na aplicação de uma regra e, nesse caso, na aplicação do princípio por ela concretizado, ou na aplicação de um princípio, ainda não concretizado por uma regra”¹⁴⁹.

Desta forma, no procedimento de decisão administrativa, o agente público deve, antes de tudo, apurar se os fatos do caso concreto objeto de sua futura decisão enquadram-se ou não no suporte fático de alguma regra jurídica abstrata. Enquadrando-se, aplica-se a regra. Contudo, constatando que “os fatos ocorridos no mundo fenomênico

¹⁴⁶ MARTINS, 2019, pg. 102 a 114.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Como proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad*. In: ALONSON, Juan Pablo; CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Argumanetación, derechos humanos y justicia*. Buenos Aires, Astrea, , p. 25-48, 2017, pg.27.

¹⁴⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos Princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação jurídica* In GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello. *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil - v. 1*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, pg. 29.

¹⁴⁹ MARTINS, 2019, pg. 105.

não se encaixam no suporte fático de regra jurídica alguma, deve o agente, numa segunda etapa do procedimento de decisão, verificar quais princípios incidem”¹⁵⁰.

Martins irá propor, então, que “tanto a definição do princípio mais pesado a ser concretizado pela Administração, como a definição do meio de concretização exigem, muitas vezes, a participação dos destinatários da decisão, que podem revelar novos aspectos fáticos, novos argumentos de convencimento. É no processo administrativo - decorrente da relação processual - que se definem quais são os interesses relevantes para a ponderação administrativa”¹⁵¹.

Entendendo o procedimento de participação popular na decisão administrativa como uma imposição do Estado Democrático de Direito, ao melhor justificar a decisão tomada pela Administração e obter o consenso social necessário ao seu cumprimento¹⁵², Martins defenderá, então, um processo administrativo de participação em que se assegura, como direito político decorrente do princípio democrático, a possibilidade de todo cidadão conhecer, participar e influir concretamente no processo decisório da Administração¹⁵³.

Desta forma, passa-se a exigir o processo administrativo de participação mesmo quando não haja litígio ou acusação, por ser necessário à “correção do conteúdo do próprio ato administrativo, pois a partir dele são definidas as circunstâncias fáticas relevantes, a finalidade pública a ser perseguida e o meio de atuação administrativa”¹⁵⁴.

Não nos parece errado sintetizar, portanto, que diante da textura aberta característica das normas jurídicas, a participação popular no procedimento de decisão administrativa garante uma maior gama de informações e circunstâncias fáticas relevantes capazes de afastar as zonas de penumbra e garantir a melhor concretização dos interesses públicos durante o trabalho de individualização do direito às situações jurídicas individuais, fim último de todo ato administrativo.

Em termos práticos, adotar essa perspectiva de processo administrativo significa defender a participação popular como requisito procedimental sem o qual o ato administrativo estaria viciado, podendo ser considerado irregular ou, até mesmo, inválido.

¹⁵⁰ MARTINS, 2019, pg. 103.

¹⁵¹ MARTINS, 2019, pg. 114.

¹⁵² MARTINS, 2019, pg. 113.

¹⁵³ MARTINS, 2019, pg. 267.

¹⁵⁴ MARTINS, 2019, pg. 267.

Sua permanência ou não no ordenamento jurídico estaria vinculada à análise do quanto sua falta prejudicou a promoção do interesse público no caso concreto.

Isso porque, seguindo a linha de Seabra Fagundes, adota-se como critério para classificação dos atos administrativos viciosos a afetação maior ou menor do interesse público pela declaração de sua invalidez. Como destaca o autor, “no direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas às circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muita vez, acarretar consequências diversas”¹⁵⁵. Desta feita, a partir da natureza e vulto do interesse público atingido, os atos viciosos se dividiriam em: (1) absolutamente inválidos, cujas “razões de interesse público e de moralidade administrativa levariam a fulminá-los”¹⁵⁶; (2) relativamente inválidos, no quais, “em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade”¹⁵⁷; e (3) irregulares que, por apresentarem defeitos irrelevantes, não afetariam ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais¹⁵⁸.

É de se concluir, então, que, quanto maior for a complexidade da norma a ser individualizada pelo ato administrativo, quanto mais conflituoso forem os interesses particulares envolvidos e, por conseguinte, maior tensão existir entre indivíduos e o Estado, maior será a necessidade da participação popular como pressuposto de regularidade do ato administrativo. O não cumprimento desse requisito procedimental, diante dessas circunstâncias, tornaria o ato inválido, exigindo a correção do vício pela extinção do ato ou por sua modificação saneadora. Num Estado de Democrático de Direito, que adota como diretriz a soberania popular no controle e gestão das decisões e atos administrativos, a falta de participação popular acarretará, regra geral, a invalidade do ato.

Retomando o exemplo do início do texto sobre a melhor forma de aplicação de recursos públicos na área da educação em municípios de pequeno porte, é possível afirmar que já existe no ordenamento jurídico brasileiro soluções para garantir a participação popular nessas decisões administrativas.

A começar pela própria Constituição Federal que, em seu artigo 205, estabelece a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, a ser promovida e

¹⁵⁵ SEABRA FAGUNDES, 1967, 65.

¹⁵⁶ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg.63.

¹⁵⁷ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 63.

¹⁵⁸ SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 67.

incentivada com a colaboração da sociedade. Por conta disso, adota como princípio a gestão democrática do ensino público, conforme consolidado do artigo 206, inciso VI.

Tendo isso em vista, a Lei Federal 11.947, de 2009, positivando como diretriz a participação da comunidade no controle social e acompanhamento das ações estatais (art. 2º, IV), instituiu o Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE, com o objetivo de prestar assistência financeira, em caráter suplementar, às escolas públicas da educação básica das redes estaduais e municipais (art. 22, caput). Esses recursos seriam destinados “à cobertura de despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino” (art. 23).

Tomando como norte a participação popular e a autonomia das escolas públicas, a Lei Federal avança ainda mais ao prever que os recursos do PDDE seriam repassados diretamente à conta bancária da unidade executora de cada escola, entidade privada sem fins lucrativos integrada por membros da comunidade escolar, incluindo professores e pais de alunos (art. 22).

A decisão administrativa entre a pintura da fachada e o conserto do fogão da escola não seria mais tomada no gabinete do prefeito ou secretário de educação, passando a ser delegada aos atores sociais diretamente afetados pelo futuro ato, incluindo diretores, professores e pais de aluno. Parece pouco discutível o ganho em legitimidade e consenso social, fim último de toda ação jurídica, que o ato administrativo oriundo da decisão tomada pela comunidade escolar possuirá, principalmente se comparada à unilateralidade daquele expedido pelo prefeito ou secretário municipal.

Já na hipótese de conflito entre a aquisição de notebooks e a concessão de reajuste salarial aos professores da rede municipal de ensino, a previsão legal para a participação popular poderia ser encontrada nas recentes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovidas Lei nº 13.655, de 2018.

Seja por seu novo artigo 20, que passa a exigir a consideração das “consequências práticas da decisão” como requisito de necessidade e adequação de toda decisão administrativa; seja pelo teor do artigo 26, que prevê a realização de consulta pública para se “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”; ou mesmo pelo artigo 29, que estabelece, na edição de atos normativos pela autoridade administrativa, a possibilidade de prévia “consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”, a nova LINDB parece adotar a participação popular como diretriz transversal a toda decisão administrativa.

Ao analisar o regime jurídico da consulta pública¹⁵⁹, Vera Monteiro relembra que, há mais de 20 anos, com a Lei Paulista de Processo Administrativo¹⁶⁰ e a Lei Federal de Processo Administrativo¹⁶¹, a consulta pública se apresenta como “instrumento de participação popular previsto na legislação brasileira para apoiar atividades públicas em geral, com potencial para contribuir para a qualidade da decisão de autoridade administrativa”¹⁶². Para a autora, contudo, as inovações na LINDB dão um passo adiante ao consolidar a consulta pública como “exigência geral de participação da sociedade nos processos, necessário para justificar e motivar as deliberações”¹⁶³, passando a exigí-la como dever prévio e não mera opção. Por conta disso, na visão de Monteiro, a partir da nova LINDB e de seu artigo 29 em particular, todo gestor público, em quaisquer dos poderes, está sujeito ao dever de realizar consulta prévia como condição de validade de ato administrativo normativo¹⁶⁴.

A diretriz de realização de consulta pública prevista na LINDB se apresenta, portanto, como alternativa mais adequada para “considerar as consequências práticas” e eliminar a “incerteza jurídica ou situação contenciosa” que envolveria a decisão entre a aquisição dos notebooks e o reajuste salarial dos professores. A robustez da motivação e justificativa dessa decisão oriunda dos aportes trazidos pela consulta pública seria bem maior do que aquela comumente tomada pela autoridade administrativa reclusa em seu gabinete, limitada a pareceres técnicos e à letra fria da lei.

Diante do enigma da esfinge das decisões administrativas, Pedro Henrique de Araujo Silva aponta o caminho a seguir na frase que encerra sua redação: “o povo, tal como

¹⁵⁹ MONTEIRO, Vera. *Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública* in Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹⁶⁰ “Artigo 28 - Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1.º - A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que os autos possam ser examinados pelos interessados, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. 2.º - O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo, mas constitui o direito de obter da Administração resposta fundamentada. Artigo 29 - Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (Lei Estadual nº 10.177, de 2018).

¹⁶¹ Os artigos 31 e 32 da Lei Federal nº 9.784, de 1999, reproduzem os artigos da Lei Paulista citados acima.

¹⁶² MONTEIRO, 2018, pg. 229.

¹⁶³ MONTEIRO, 2018, pg. 234.

¹⁶⁴ MONTEIRO, 2018, pg. 239.

Édipo, também solucionará esse grande desafio e terá condições de participar ativamente de tais deliberações”.

Ao fim e ao cabo, garantir a participação popular nas decisões e atos administrativos é uma resposta do século 21 ao desafio lançado no final dos anos 1920 pela romancista alagoano Graciliano Ramos, quando, na qualidade de prefeito de Palmeira dos Índios, sentenciou que “bem comido, bem bebido, o pobre povo sofredor quer escolas, quer luz, quer estradas, quer hygiene. É exigente e resmungante”¹⁶⁵.

Bibliografia

ABBOUD, Georges, *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALAGOAS, *Diversificação Produtiva como Alternativa para a área Canavieira de Alagoas*. Maceió: SEPLAG, 2017; e *Anuário Estatístico do Estado de Alagoas*. Ano 24. v. 24. Maceió: SEPLAG, 2018.

ALEXY, Robert. *Como proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad*. In: ALONSON, Juan Pablo; CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Argumantación, derechos humanos y justicia*. Buenos Aires, Astrea.

ÀVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1934.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 1a. Ed. São Paulo, Quartier Latin: 2008.

BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo, Loyola: 1991.

BOEIRA, Marcus. *Suárez e os problemas políticos da modernidade* in Francisco Suárez, *Defesa da Fé Católica* (edição compilada) / tradução de Luiz Astorga, edição de Renan Santos. - Porto Alegre, RS: Concreta, 2015.

¹⁶⁵ RAMOS, Graciliano. *Relatórios de Graciliano Ramos publicados no Diário Oficial*. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2013, p. 44.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª. ed. São Paulo, Malheiros: 2012.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32ª. ed. São Paulo, Saraiva: 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na administração pública*. R. Dir. Adm, Rio de Janeiro, 191: 26-39, jan.mar. 1993

DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra, Almedina: 1996

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GABARDO, Emerson. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

JAMES, C.L.R. *Os Jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*. São Paulo, Boitempo: 2000

KONDER, Leandro. *O que é dialética?* São Paulo: Brasiliense, 2008

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra. Almedina, 2007, pg. 497.

MACHIAVELLI, Nicollò (1469-1527). *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. de Sérgio Bath. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A superação do ato administrativo autista*. In Os Caminhos do Ato Administrativo, coord. Medauar, Odete e Schirato, Vitor Rhein. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 89/113

MARTINS, Ricardo Marcondes. Atributos do ato administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>.

_____. *Teoria dos Princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação jurídica* In GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil - v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

_____. *Ato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo - v.5: ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MONTEIRO, Vera. *Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública* in Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado*. In: FRIEDRICH, Carl J. O interesse público. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

RAMOS, Graciliano. *Relatórios de Graciliano Ramos publicados no Diário Oficial*. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2013.

RANCIÈRE, Jacques. *Ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 39.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *Metodologia del Derecho Administrativo*: reglas de racionalidade para la adopción y el control de la decisión administrativa. Madrid, Marcial Pons: 2016.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4 ed. Forense, Rio de Janeiro: 1967

SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar*. ensaios selecionados. São Paulo: Companhia das Letras, Penguin Books, 2014.

CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL X PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA: A NOTÍCIA CRIMINIS BASTA PARA O PEDIDO DE PRISÃO?

ELIZA MARA ALVES COSTA:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário UNA - Contagem. Educadora, graduada em Letras - Português/Espanhol, pelo Centro Universitário de Belo Horizonte - UNI-BH. Especializada em Pedagogia Waldorf .

RESUMO: O presente artigo visa estudar o cabimento do pedido de prisão preventiva, mediante a acusação de estupro do vulnerável. No artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o princípio da Presunção da Inocência dispõe da seguinte maneira: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Sendo este um dos princípios mais importantes do Estado de Direito, tal princípio balizador do Processo Penal Brasileiro tem por meta estabelecer todo o rol de segurança jurídica previstos na tutela das liberdades. Contudo, em casos de estupro de vulnerável este referido preceito constitucional tem sido desconsiderado diante da gravidade do crime. Constata-se perante o elevado número de atuais jurisprudências, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal que, ambos têm julgado a gravidade do crime estupro de vulnerável causa relevante para a decretação da prisão preventiva. No entanto, sabe-se que, há jurisprudências divergentes destes posicionamentos. O Desembargador Sérgio Bizzotto, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, afirma que “a acusação de estupro de vulnerável por si só não basta para o pedido de prisão preventiva, acolheu pedido de Habeas Corpus e determinou a soltura do réu”. O objetivo deste trabalho é analisar o crime estupro do vulnerável como forma de violência de gênero, o direito penal dos vulneráveis e a importância de todos os meios de prova cabíveis para o pedido de prisão preventiva do acusado. Para a realização da pesquisa foi utilizado o método documental, por meio de coleta e revisão de artigos sobre o estupro de vulneráveis, assim como monografias relacionadas ao assunto, doutrina específica, reportagens e jurisprudências sobre o tema.

Palavras-chave: Violência de gênero. Princípio da Presunção da Inocência. Estupro do vulnerável. Prisão preventiva.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito da legislação penal considera-se tema de relevância os crimes contra a dignidade sexual, tendo sido, por isso, ponto central de recente modificação da legislação

penal. O objetivo deste trabalho é analisar o crime estupro do vulnerável, o direito penal dos vulneráveis e a importância da notícia criminis e de todos os meios de prova cabíveis para o pedido de prisão preventiva do acusado.

Entende-se que a dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet, dissertando sobre o tema, esclarece ser a dignidade:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2001, p. 60)

A transformação vivenciada pela sociedade pós-moderna provocou um olhar alarmante para a realidade quantitativa de crimes sexuais. A preocupação deixou de ser acerca da perda da virgindade e tomou um rumo em direção aos mais variados tipos de abusos. Desde a constatação de inúmeras redes de exploração sexual de crianças e adolescentes a redes de internet que ligam milhares de pessoas pelo mundo que fazem uso da pornografia infantil.

Com tantos crimes ocorrendo a seara criminalística tornou-se palco de inúmeras transformações, surgindo alterações fundamentais dentro do Código Penal. O novo dispositivo legal, de 7 de agosto de 2009, a Lei nº 12.015, fundiu em um único tipo penal os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em seu artigo 213, anteriormente previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Esta mesma lei criou o estupro de vulnerável como novo delito, em seu artigo 217-A, concluindo-se as discussões ocorridas nos Superiores Tribunais a respeito do crime que era cometido contra vítima menor de quatorze anos.

Outra inclusão deste novo dispositivo foi o artigo 234-B, que prevê, de forma assertiva, que trâmite em segredo de justiça os crimes praticados contra a dignidade sexual, assegurando-se uma maior proteção dos envolvidos em processos dessa natureza.

Após o ano de 2009, com a significativa alteração do Código Penal que passou a tratar os crimes sexuais anteriormente registrados como “Dos crimes contra os costumes” a se denominar “Dos crimes contra a dignidade sexual” considera-se que o que é íntimo para um indivíduo, pode não ser para outro. Neste cenário, pretende-se mapear os crimes sexuais previstos no Direito brasileiro através da legislação e pesquisa doutrinária.

Na sequência, abordar-se-á o crime de estupro de vulnerável e a dignidade sexual, que é um viés da dignidade humana. O reconhecimento da vulnerabilidade tanto para os sujeitos responsáveis pelas sanções penais, como para os sujeitos de direitos a serem assegurados. Observar-se-á que a noção de vulnerabilidade se aproximou da esfera penalista de forma vagarosa e gradativa e, somente, a partir disto, os vulneráveis passaram a ser enxergados e também reconhecidos não apenas como destinatários das sanções penais, mas como sujeitos de direitos que precisam ser tutelados.

Noutro ponto, abordar-se-á a Lei nº 13.718/18 que trouxe para o cenário do Direito Penal novos crimes sexuais e o reconhecimento da existência de sujeitos que possuem maior vulnerabilidade de violação dos direitos assegurados.

Tão importante quanto os temas supracitados, tratar-se-á das provas admitidas no Direito Penal brasileiro, os meios de prova e sua importância como resultado das garantias de direito fundamentais para a decretação da prisão preventiva.

Finalizar-se-á este trabalho, tendo como embasamento as fontes apresentadas, uma reflexão acerca do crime de estupro de vulnerável x pedido de prisão preventiva: a notícia criminis basta para o pedido de prisão?

O crime de estupro e a sua forma na condição de vulnerável tem como espectro de proteção a liberdade sexual de qualquer indivíduo e trata-se de um crime hediondo, previsto na Lei nº 8.072/90, artigo 1º, inciso V. Diante de crime de natureza hedionda, avaliar-se-á que não podem ser frágeis os alicerces da consolidação de todos os meios de prova cabíveis no Direito brasileiro para a concretude da responsabilidade civil e penal do acusado.

Em relação a metodologia desenvolvida, utilizar-se-á basicamente a teórica, utilizando-se de fontes bibliográficas como meio resolutivo da problemática-tema. Utiliza-se também à metodologia empírica, quando da análise direta de leis e atos normativos referentes ao tema proposto. Passar-se-á pelo campo do direito material penal na busca por um diálogo com os direitos humanos e os grupos socialmente vulneráveis.

O crime de estupro de vulnerável foi tipificado após diversas queixas de mulheres que sofreram esse tipo de abuso em academias de dança, estúdios de tatuagem, nos

grupos de prática desportiva e nos transportes públicos e traduz um percurso de muito questionamento na luta contra o abuso, contra o assédio e contra a violência de gênero.

O cerne da questão encontra-se na identificação e no reconhecimento de fundamentos concretos para a decretação da prisão preventiva. O reconhecimento e a valoração destes elementos têm sido fundamentais para justificar a custódia preventiva do réu. Observa-se que, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, quando restarem comprovados a insuficiência de garantias para resguardar a ordem pública.

Esses fatos tornaram-se cotidiano e a partir do direito assegurado a todos pela Carta Magna, a que se propor uma discussão imprescindível a sociedade brasileira acerca tanto da proteção emocional e sexual da mulher, a qual precisa ser levada cada vez mais a todos os ciclos sociais, acadêmicos ou não, sobretudo a proteção a dignidade humana e os direitos tutelados. O direito ao devido processo legal de forma sigilosa, respeitosa e condizente com o termo a qual definimos como justiça.

1 - AS ALTERAÇÕES DO CRIME DE ESTUPRO (Lei Nº 12.015/2009)

CAPEZ (2019) destaca que o delito de estupro consta do Código Penal Brasileiro desde 1940 e, sua alteração ocorreu após o advento da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que passou a distingui-lo da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 do Código Penal. As alterações trazidas pelo novo dispositivo, impôs a tipificação diversa das condutas incriminadoras relacionadas aos crimes denominados, até então como, "Dos Crimes contra os Costumes" passando à denominação do crime de estupro e suas peculiaridades, modificando, assim, a redação para "Dos crimes contra a dignidade sexual".

Com tantos crimes sexuais ocorrendo a seara criminalística tornou-se palco de inúmeras transformações, surgindo alterações fundamentais dentro do Código Penal. O novo dispositivo legal, de 7 de agosto de 2009, a Lei nº 12.015 fundiu em um único tipo penal os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em seu artigo 213, anteriormente, previstos nos artigos 213 e 214, respectivamente, do Código Penal.

Esta mesma lei criou o estupro de vulnerável como novo delito, em seu artigo 217-A, concluindo-se as discussões ocorridas nos Tribunais Superiores a respeito do crime que era cometido contra vítima menor de quatorze anos.

Outra inclusão deste novo dispositivo foi o artigo 234-B, que prevê, de forma assertiva, que trâmite em segredo de justiça os crimes praticados contra a dignidade sexual, assegurando-se uma maior proteção dos envolvidos em processos dessa natureza.

1.1– Antes da alteração da lei

Na redação original do Código Penal de 1940, a previsão do crime de estupro compunha o Título VI, que tratava dos “Crimes contra os Costumes” em seu Art. 213 – “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. E, o Art. 214, fazia referência ao crime de atentado violento ao pudor e trazia em seu texto, “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

De fato, verifica-se que havia no Código Penal de 1940, a tutela da liberdade sexual, contudo, sua limitação e o seu fracionamento, fragilizaram no decorrer dos anos. Daí a necessidade de novos dispositivos para a garantia da proteção da pessoa.

1.2– Depois da alteração da lei

Através das mudanças sociais ocorridas no decurso do tempo, o Código Penal de 1940 tornou-se obsoleto e verificou-se a urgência de novos dispositivos legais. Assim, em 07 de agosto de 2009, foi sancionada a Lei nº 12.015 que produziu profundas alterações nas sanções penais referentes aos crimes previstos no Título VI, denominado, até então, “Dos Crimes Contra os Costumes”.

As alterações do Código Penal brasileiro passaram a prever um novo viés do sujeito passivo e ativo dos envolvidos nesse crime e ampliou a caracterização do estupro após a junção dos dispositivos citados. O crime de estupro passou a prever tanto a conjunção carnal quanto a prática de um ato libidinoso.

Os novos dispositivos penais passaram a prever dentro do crime de estupro a liberdade sexual do ser humano, seja homem ou mulher. Anteriormente a previsão da tutela dirigia-se para o crime de estupro previsto no art. 213 Código Penal. E, todos, sem exceção são sujeitos da proteção da dignidade sexual.

Em relação ao conceito de liberdade sexual, JIMÉNEZ (2003), aduz que assim se entende a:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais. (JIMÉNEZ, Emiliano

Borja. **Curso de política criminal**. Valencia: Tirantlo Blanch, 2003, pág. 156)

Assim, dentro dos novos preceitos jurídicos pode-se apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual, mas como preleciona MAIA (2014, p. 15) “também é necessário que estes não se percam ou se estagnem, pois faz parte do Direito essa constante modificação que faça com que a necessidade do todo seja atendida”.

2 – TUTELA PENAL DA INTIMIDADE: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição Federal, de 1988, em seus termos tutela alguns direitos individuais, que são inclusive, considerados cláusulas pétreas, dado à preciosidade do que protegem. Dentre esses, sobressai-se o direito à intimidade e o direito à vida privada, que, ao serem violados, ensejaram uma indenização por dano moral e material.

Atualmente, registra-se cada vez mais a dificuldade em se proteger o direito a intimidade, principalmente devido ao rápido avanço tecnológico. Registra-se inúmeros abusos cometidos através da rede de internet como um exemplificador da violação desse direito. Tornando-se necessário a diferenciação entre a “intimidade” e a “vida privada”.

O direito da personalidade, por si só, recepiona o direito à integridade moral, e nele o direito de estar só. Sendo este último, um desdobramento do direito a dignidade humana, previsto na Carta Magna.

No livro, “O Direito de estar só – Tutela da Intimidade”, o autor Paulo José da Costa Júnior, define este direito como:

A necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos. (JÚNIOR, Paulo José da Costa. O Direito de estar só – Tutela da Intimidade. 1970, p. 8)

O autor alude ainda que este direito advém da liberdade:

O direito à intimidade provém da liberdade. E é esta que é inata, como direito de personalidade. O direito de alguém poder recolher-se à soledade, portanto, nada mais é que um efeito do exercício da liberdade, consistente em fazer ou deixar de fazer. (JÚNIOR, Paulo

José da Costa. O Direito de estar só – Tutela da Intimidade. 1970, p. 48).

Nos termos da Constituição Federal, de 1988, precisamente em seu artigo 5º, inciso X, há uma proteção ao direito à privacidade ao se estabelecer que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

No âmbito do Direito Internacional a proteção internacional do direito à privacidade iniciou-se em 1948, tendo suas bases forjadas no direito humano, através em primeiro lugar da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada pela XI Conferência Internacional em Bogotá. A referida Declaração mencionava em seu art.5º que:

Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. (org.). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:** Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá. 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 19 maio 2021.)

No mesmo ano, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro, a Declaração Universal de Direitos do Homem, que enunciava em seu art. 12 que:

Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques. (Assembleia Geral das Nações Unidas. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** 1948. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 maio 2021.)

Dois anos mais tarde, em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais declarou, em seu artigo 6º, o direito à intimidade:

...o acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou uma parte do processo, em interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a

proteção à vida privada das partes do processo assim o exijam. (Membros do Conselho da Europa. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 1950. Roma, 04 de novembro. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.)

E, em seu artigo 8º, o mesmo diploma legal tutelou à vida privada:

Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. (Membros do Conselho da Europa. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 1950. Roma, 04 de novembro. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.)

Posteriormente, no dia 16 de dezembro de 1966, surge o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, onde os artigos 14 e 17, respectivamente, declararam:

Art. 14 - Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou de totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija o procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

Art. 17 – Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou legais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. (Estados partes (org.). **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**: onu. ONU. 1966. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20so%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

2.1 – Violações da Intimidade sob o prisma da violência de gênero

Há que se dizer que, por séculos, as mulheres têm sido alvo de violência apenas pela razão de serem mulheres. E, que, por serem mulheres, por anos a fio foram julgadas, no sistema patriarcal, como seres inferiores e menos dignos que os homens. Certo afirmar, que homens, porque são homens, não foram alvos de violência. Contudo, as razões que levaram e, infelizmente, ainda levam os seres humanos ao uso da violência contra seus semelhantes, em geral, são apontados, especialmente, pelas relações de poder, interesses econômicos e subjugação.

Verificando as escrituras sagradas, desde tempos remotos tem sido atribuído a mulher um papel que a coloca numa posição fragilizada, onde o seu escudo é o medo ou a vergonha. Segundo as escrituras, a mulher, no capítulo de Gênesis 3-16:

Deus disse também à mulher: Multiplicarei os sofrimentos de teu parto; darás à luz com dor teus filhos; teus desejos te impelirão para o teu marido e tu estarás sob o seu domínio. (GÊNESIS: Capítulo 3: 16. Capítulo 3: 16. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/3/16>. Acesso em: 21 maio 2021.)

Por anos, a criação do discurso feminino pouco influenciou o homem que a definiu como o segundo sexo, alguém incapaz de pensar, de agir com inteligência o que, aliás, ele, homem, lia nas próprias escrituras sagradas. São Paulo em suas cartas aos Coríntios registrara:

As mulheres se calem nas assembleias porque não lhes compete falar, mas viver sujeitas, como diz a lei. Se quiserem aprender alguma

coisa, que perguntem em casa aos seus maridos que não é conveniente à mulher falar na assembleia. (CORÍNTIOS: 14:34-35. Textos bíblicos - Conselho de Paulo. Disponível em: <http://www.centrowhite.org.br/>. Acesso em: 21 maio 2021.)

E ainda de São Paulo a Timóteo, versículos de 11 a 15:

A mulher ouça a instrução em silêncio com espírito de submissão. Não permito que a mulher ensine nem se arrogue autoridade sobre o marido, mas permaneça em silêncio, pois o primeiro a ser criado foi Adão e depois Eva. E não foi Adão que se deixou iludir, mas sim a mulher que, enganada, incorreu em transgressão; mas ela poderá salvar, cumprindo os deveres de mãe, contanto que permaneça com modéstia na fé, na caridade e na santidade. (CORÍNTIOS: 14:11 -15. Textos bíblicos - Conselho de Paulo. Disponível em: <http://www.centrowhite.org.br/>. Acesso em: 21 maio 2021.)

Resta-nos pensar que no embalo deste discurso cristão todos os registros foram elaborados por homens que definitivamente explanaram a imagem de uma mulher frágil, submissa, dominada e inútil senão para procriar, zelar pelo marido e os afazeres do lar.

Ainda na obra teológica de Santo Tomás de Aquino, assim ele refere-se à mulher:

A mulher é um ser acidental e falho. Por natureza a mulher é inferior ao homem em força e dignidade, e por natureza lhe está sujeita, pois no homem o que domina, pela sua própria natureza é a facilidade de discernir, a inteligência.

E continua:

A mulher foi criada mais imperfeita que o homem porque no homem, naturalmente há mais discernimento e razão. (VILELA, Olga dos Santos Caixeta. **A VOZ FEMININA À LUZ DA BÍBLIA**. Disponível em: <http://www.filologia.org.b>. Acesso em: 19 maio 2021.)

Observando-se os registros acima, torna-se plausível analisar que tem sido culturalmente inserido no âmago social uma forma natural de violência e agressão a mulher. Tornando aceitável e comum a prática de violência contra a mulher tanto nos aspectos físicos, quanto no econômico, intelectual, moral e sexual produzindo literalmente um ambiente de não reconhecimento dos direitos mais inerentes ao ser humano. Uma negativa expressa da falta de liberdade do pensar, sentir e do querer humano, visivelmente estimulado através da história da humanidade, como direitos pertencentes a homens e direitos não pertencentes às mulheres.

Verifica-se que as citações expressam integralmente a desigualdade de gêneros e o ápice do desrespeito aos direitos humanos preceituados na Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 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. (CONSTITUIÇÃO, 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.)

LIMA; SANTOS (2009), cita em sua obra que “as relações entre homens e mulheres são constituídas socialmente e se fundam em poder”, dada a condição de subordinação das mulheres dentro da sociedade brasileira.

No ordenamento pátrio, refere-se à violência de gênero, no âmbito de uma relação íntima, todo e qualquer comportamento que promova dano físico, dano psicológico ou dano sexual àqueles que fazem parte da relação, tanto na esfera privada quanto pública.

Segundo o autor:

Em agosto desse ano, a mídia cobriu a saga de uma menina de 10 anos, estuprada pelo tio, em busca de ter seu direito ao aborto legal garantido. Infelizmente, pode-se estimar que nos 3 meses que se passaram desde então, 6.300 crianças e adolescentes foram estupradas no país, na sua maioria meninas. São aproximadamente 70 por dia.

Em 2019 (1), 70,5% de todos estupros registrados foram de “vulnerável”, ou seja, menores de 14 anos ou pessoas que não podiam oferecer resistência ao ato. Do total de estupros, 57,9% tinham no máximo 13 anos. Entre crianças e adolescentes, 85% foram do sexo feminino e a maior proporção ocorreu entre 10 e 14 anos de idade. Em 84,1% do total de estupros, o autor era conhecido da vítima. Em síntese, o Brasil é um país onde as principais vítimas de violência sexual são meninas e adolescentes, na sua maioria abusadas por familiares ou pessoas de confiança da família. Isso a partir de dados notificados à polícia, que provavelmente são subnotificados.

Outra dimensão da violência sexual, é gestação decorrente do estupro. Estima-se que, por ano, mais de 20.000 crianças nasçam de

meninas entre 10 e 14 anos (2). Ou seja, mais de 20.000 meninas por ano seriam elegíveis para realizar o aborto legal e não tiveram acesso a esse direito, acumulando, portanto, uma série de violências: a do estupro, a do não acesso ao aborto legal e provavelmente a da maternidade compulsória. O aborto clandestino e seus riscos à saúde e à vida (3) dessas meninas é outra consequência dessa violência estrutural. Estima-se que, somente neste ano de 2020, 786 abortos já foram realizados ou sofridos por meninas menores de 14 anos, sendo 40 destes por meninas menores de 10 anos de idade.

A violência contra a mulher possui algumas características que a diferencia das demais formas de violência, e são elas: a hierarquia de gênero; a relação de conjugalidade ou afetividade entre os envolvidos, e a habitualidade da violência. LIMA, José Afonso de; SANTOS, Claudiene. Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. BALLAROTTI, Bruna *et al.* **SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA DE FAMÍLIA E COMUNIDADE: violência contra meninas. VIOLÊNCIA CONTRA MENINAS.** 2020. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/noticias/violencia-contra-meninas-e-adolescenc>. Acesso em: 01 maio 2021.

Segundo BALLAROTTI (2020):

Em agosto desse ano, a mídia cobriu a saga de uma menina de 10 anos, estuprada pelo tio, em busca de ter seu direito ao aborto legal garantido. Infelizmente, pode-se estimar que nos 3 meses que se passaram desde então, 6.300 crianças e adolescentes foram estupradas no país, na sua maioria meninas (1) . São aproximadamente 70 por dia.

Em 2019 (1), 70,5% de todos estupros registrados foram de “vulnerável”, ou seja, menores de 14 anos ou pessoas que não podiam oferecer resistência ao ato. Do total de estupros, 57,9% tinham no máximo 13 anos. Entre crianças e adolescentes, 85% foram do sexo feminino e a maior proporção ocorreu entre 10 e 14 anos de idade. Em 84,1% do total de estupros, o autor era conhecido da vítima. Em síntese, o Brasil é um país onde as principais vítimas de violência sexual são meninas e adolescentes, na sua maioria abusadas por familiares ou pessoas de confiança da família. Isso a partir de dados notificados à polícia, que provavelmente são subnotificados.

Outra dimensão da violência sexual, é gestação decorrente do estupro. Estima-se que, por ano, mais de 20.000 crianças nasçam de meninas entre 10 e 14 anos (2). Ou seja, mais de 20.000 meninas por ano seriam elegíveis para realizar o aborto legal e não tiveram acesso a esse direito, acumulando portanto uma série de violências: a do estupro, a do não acesso ao aborto legal e provavelmente a da maternidade compulsória. O aborto clandestino e seus riscos à saúde e à vida (3) dessas meninas é outra consequência dessa violência estrutural. Estima-se que, somente neste ano de 2020, 786 abortos já foram realizados ou sofridos por meninas menores de 14 anos, sendo 40 destes por meninas menores de 10 anos de idade (4)". (BALLAROTTI, Bruna *et al.* **SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA DE FAMÍLIA E COMUNIDADE: violência contra meninas. VIOLÊNCIA CONTRA MENINAS. 2020. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/noticias/violencia-contra-meninas-e-adolescenc>. Acesso em: 01 maio 2021.)**

A Carta Magna de 1988, nos termos do inciso X do art. 5º, estabelece a proteção dos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e as expressões do direito à liberdade que está assegurado no caput do mesmo dispositivo legal reafirmam a importância de sua inviolabilidade.

Das citações antes apresentadas, se conclui, em síntese, que o direito de privacidade, no qual está inserido o direito à intimidade, se caracteriza como um direito à liberdade, como um direito a ter harmonia e sossego tanto na vida pessoal quanto na vida familiar. Portanto, qualquer ato ou menção que viole a intimidade sexual ou a privacidade de uma pessoa, é certo que ocorrerá prejuízo de seu equilíbrio, de sua harmonia e de sua paz.

Avaliando que, em tempos atuais, a exposição da intimidade de uma pessoa pode ser feita com absurda agilidade e habilidade por meio da rede mundial de computadores, verifica-se a possibilidade de tal exposição manter-se nas redes e na memória social, permitindo que os direitos à intimidade e privacidade violados fiquem como uma sombra na vida de quem sofreu tal abuso.

Os danos podem se tornar devastadores e, incalculáveis os prejuízos causados. Deste modo, espera-se que o Estado, garantidor da ordem e da segurança social, promova de forma célere e eficaz a efetiva proteção destes direitos fundamentais, sancionando com a devida proporcionalidade os danos causados.

No que tange a identificação das vítimas de abuso como crianças ou adolescentes em situação de vulnerabilidade, onde há uma demanda emergencial com cuidados

integrais e efetivos. Faz-se necessário a construção de núcleo interligado onde policiais, conselheiros, médicos, terapeutas possam trabalhar e atuar para efetivamente coibir os abusos sofridos por crianças e adolescentes, oportunizando educação e cuidados assistenciais permanentes e contínuos.

2.2 – Crimes Sexuais

O Código Penal Brasileiro, prevê seis tipos de crimes do tipo. São eles:

2.2.1 - Violação sexual mediante fraude

Este crime está descrito no artigo 215 do Código Penal: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.”

De acordo com o criminalista MARTINELLI (2020) , professor do Instituto de Direito Público (IDP), neste tipo crime, “a vítima é induzida ao erro, por acreditar que determinada conduta é necessária e que vai fazer bem à pessoa”.

Segundo ele, o crime é configurado quando há fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre vontade da pessoa. “Um médico, por exemplo, pode dizer ao paciente que precisa apalpar partes do corpo para fazer diagnóstico, o que não seria necessariamente necessário. Ele mantém a vítima em erro”.

Na violação sexual mediante fraude, a violência é substituída por um mecanismo enganoso que dificulte a vontade da vítima. “O autor manobra para conseguir”, acrescenta o mestre em direito penal pela USP Conrado Gontijo.

Segundo a previsão legal, a pena deste crime é menor do que a definida para o estupro: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Caso a condenação fique em até 4 (quatro) anos poderá ser aplicada uma pena alternativa, como prestação de serviços à comunidade. Se a fraude busca ainda, além do sexo, intenções e ganhos financeiros, o juiz aplicará uma multa, conforme estabelecido na lei.

2.2.2 - Estupro e estupro de vulnerável

Nos termos da Lei nº 12.015/09, o critério para a condenação tornou-se objetivo por considerar a idade da vítima no crime de estupro de vulnerável, e não mera presunção de violência, ou seja, ainda que o agente não empregasse violência real contra a vítima, presumia-se a sua existência em virtude da idade dela. Pela redação atual do dispositivo, sendo a vítima menor de 14 (quatorze) anos, do sexo masculino ou feminino, ocorrerá o crime, pouco importando o seu histórico sexual. Assim, o Superior Tribunal de Justiça definiu esta controvérsia:

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsuma-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. Para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto." (STJ, REsp 1371163 / DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 25/06/2013).

A configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009." (EDcl no AgRg no Ag 706012 / GO, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/03/2010).

Presunção absoluta no antigo art. 224, a, do CP: "a presunção de violência prevista no art. 224, 'a', do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo" (STJ, AgRg no REsp 1382136 / TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. 03/09/2013).

O crime estupro de vulnerável está previsto no artigo 217-A, pelo Código Penal:

Art. 217-A - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não

tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

No crime estupro de vulnerável, a vítima não está em condições de reagir. E, está vulnerabilidade é presumida para menores de 14 anos e também para todas as pessoas que, por alguma enfermidade ou deficiência mental, não possui o discernimento necessário para a prática do ato.

Resta também configurado como vulnerável, pessoa que, por alguma razão, não consegue resistir ao abuso, por exemplo, pessoas vítimas de serem dopadas por drogas ou bebida alcoólica.

2.2.3 - Importunação ofensiva ao pudor

Em 2018, passou a vigorar a Lei nº 13.718/2018 que trouxe alterações no Código Penal, no capítulo referente à Dignidade Sexual. Dentre elas a inserção do crime de importunação sexual, com previsão no artigo 215-A: "*Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave*".

A inclusão do crime de importunação sexual é preencher uma lacuna em nosso ordenamento jurídico nacional, qual seja, a ausência de um tipo penal intermediário entre a contravenção penal do artigo 61 da Lei das Contravenções Penais (que foi revogada por esta mesma lei) e os crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Através deste novo dispositivo legal, temos a norma para um crime intermediário, de médio potencial ofensivo, que pode sancionar com uma pena proporcionalmente justa práticas de atos libidinosos que eram praticados contra vítimas e sem suas anuências. Atos como passar as mãos nas nádegas, seios, genitália das vítimas, ou até ejacular. Condutas essas que não eram geralmente cometidas com constrangimento da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, motivo pelo qual não se subsumiam ao crime de estupro, nem havia um crime específico que enquadrasse tais espécies de importunações

sexuais mediante atos libidinosos. Logo, casos de abusos como esses eram capitulados juridicamente na extinta contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/1941), que não eram admitidos como crime, cuja pena cominada era multa isolada, por falta de previsão legal.

2.2.4 - Ato obsceno

Tipificado no artigo 233 do Código Penal, que preceitua: “Praticar ato **obsceno** em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

O ato obsceno é um crime de menor potencial ofensivo, feito em local público ou aberto, como a exibição dos órgãos genitais em parques ou praias para que as pessoas em geral vejam - e não destinada ou realizada a uma pessoa determinada.

2.2.5 - Atentado violento ao pudor

O crime, que consistia em um ato libidinoso com a vítima que não fosse a conjunção carnal em si, como toques, carícias, sexo anal ou oral, foi incorporado em 2009, pelo artigo 213, do Código Penal, alterado pela Lei 12.015/2009. A partir de então, basta que o sujeito expresse a intenção de ter a conjunção forçada ou qualquer prática de ato libidinoso com a vítima, que irá configurar o delito de estupro.

Não houve abolição do crime atentado ao pudor, pois a referida lei reuniu no mesmo tipo legal as descrições típicas previstas nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Atualmente, a prática, sob violência ou grave ameaça, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra homem ou mulher, é considerada legalmente como estupro:

TÍTULO VI - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL -
CAPÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL ESTUPRO
- Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

2.2.6 - Assédio sexual

Este crime, atualmente previsto no Código Penal, foi incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001, em seu artigo 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. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001).

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos". (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

(BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

Neste crime, o fato fica caracterizado quando há constrangimento com o objetivo de receber vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se, para isso, da condição de superioridade hierárquica ou ascendência em emprego ou função. Ocorre, quando uma pessoa se "utiliza da relação de hierarquia que possui em relação à vítima para obter um favorecimento sexual", explica o especialista em direito penal Paulo Martinelli.

"Não precisa ocorrer a relação sexual em si. Basta que a pessoa ameace outra com algum tipo de prejuízo, utilizando-se da superioridade hierárquica. A mera ameaça já configura o crime. Tivemos o caso de um professor condenado por prejudicar uma aluna que não correspondeu às cantadas", exemplifica o criminalista.

3 – Da dignidade sexual Crime de Estupro de Vulnerável

Anteriormente, antes da promulgação da Lei nº 12.015 de 2009, haviam dois delitos: o de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, e o de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214 do mesmo dispositivo legal. Em ambos os delitos, o meio de execução era a violência ou grave ameaça. Contudo, quando praticados contra menores de 14 (quatorze) anos, pessoas "alienadas" ou "débeis mentais" ou por quem não podia oferecer resistência, concluía-se a presunção de violência, ou seja, ainda que o agente

não investisse violência real contra a vítima, presumia-se o uso de violência em virtude de sua idade.

A partir de 2009, com a redação da nova Lei nº 12.015/09, o critério passou de uma mera presunção de violência contra a vítima para um critério objetivo, onde a idade da vítima tornou-se o ponto primordial. Na atual redação da lei, sendo a vítima menor de 14 (quatorze) anos, do sexo masculino ou feminino, o crime será cometido, independente do seu histórico sexual, algo que anterior a lei era tido como fato relevante. Assim, nesse sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça:

Sexta Turma nega habeas corpus a réu condenado por estupro de vulnerável mesmo sem contato físico.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou jurisprudência segundo a qual o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato libidinoso ofensivo à dignidade sexual da vítima, sendo prescindível o contato físico direto entre ela e o réu para a configuração do delito.

No caso analisado pelo colegiado, um homem foi condenado pelo crime porque, a seu pedido, duas mulheres praticaram atos libidinosos em duas crianças e lhe enviaram as imagens.

Em habeas corpus, a defesa requereu ao STJ o reconhecimento da atipicidade da conduta, uma vez que não houve contato físico entre o réu e as vítimas.

Nexo causal - Para o ministro Rogério Schietti Cruz, relator, as informações que constam da decisão condenatória não deixam dúvida sobre a prática intencional dos atos libidinosos contra as vítimas, que eram menores de idade

Ele lembrou que as instâncias de origem reconheceram a ocorrência dos elementos contidos no **artigo 217-A** do Código Penal, que caracterizam o estupro de vulnerável, "com destaque à qualidade de partícipe do réu, diante da autoria intelectual dos delitos, bem como da prescindibilidade de contato físico direto para a configuração dos crimes".

Em seu voto, o ministro se posicionou favoravelmente à corrente doutrinária e jurisprudencial que considera dispensável o contato físico, priorizando o nexo causal entre o ato praticado pelo réu – destinado à satisfação da própria lascívia – e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela vítima.

Contemplanção lasciva - Schietti citou precedentes no sentido de que a chamada contemplanção lasciva é suficiente para a configuração de

ato libidinoso – elemento indispensável constitutivo do delito do artigo 217-A. Nesses casos, explicou, "a ênfase recai no eventual transtorno psíquico que a conduta praticada enseja na vítima e na real ofensa à sua dignidade sexual, o que torna despicienda efetiva lesão corporal física por força de ato direto do agente".

Para o relator, ficou devidamente comprovado que o homem agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo existente entre eles, incitando-as "à prática dos atos de estupro contra as menores, com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do artigo 217-A do Código Penal".

Ao negar o pedido de habeas corpus, o ministro também apontou que o STJ já reconheceu a prática do delito de estupro na hipótese em que o agente concorre na qualidade de partícipe – tese adotada na condenação.

*(O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial. CRUZ, Relator: Ministro Rogerio Schietti. **STJ - Superior Tribunal de Justiça**: sexta turma nega habeas corpus a réu condenado por estupro de vulnerável mesmo sem contato físico. Sexta Turma nega habeas corpus a réu condenado por estupro de vulnerável mesmo sem contato físico. 2021. Nexo Causal - DECISÃO 26/02/2021 08:40. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26022021-Sexta-Turma-nega-habeas-corpus-a-reu-condenado-por-estupro-de-vulneravel-mesmo-sem-contato-fisico.aspx>. Acesso em: 03 maio 2021.)*

Outra garantia trazida pelo novo dispositivo legal foi a admissão da possibilidade da unificação do crime de estupro e de atentado violento ao pudor. Passando a configuração de um crime único ou um crime continuado, a depender das circunstâncias concretas dos fatos.

Diante do princípio da continuidade normativa, descabe falar em *abolitio criminis* do delito de estupro com presunção de violência, anteriormente previsto no art. 213, c. C. O art. 224, ambos do Código Penal. Com efeito, o advento da Lei n.º 12.015/2009 apenas condensou a tipificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do Estatuto repressivo. Outrossim, a anterior combinação com o art. 224 agora denomina-se 'estupro de vulnerável', capitulada no art. 217-A do Código Penal. (STJ, HC 210346 / SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 04/06/2013).

Através da Lei Federal nº. 13.964, que foi publicada no dia 24 de dezembro de 2019, houve a alteração de diversas disposições das legislações penais e processuais penais, promulgando aquilo que vinha sendo popularmente chamado de “Pacote Anticrime”. Nos termos da Lei nº. 8.072/1990, ocorreu uma das modificações mais significativas, a chamada “Lei dos Crimes Hediondos”.

A Constituição Federal de 1988, previa em seu artigo 5º, inciso XLIII, os crimes hediondos como inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia, juntamente com os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, os quais apesar de não hediondos, são assim equiparados. Por esta razão a eles é ofertado um tratamento mais rigoroso.

Como crime hediondo, comumente se entende aquele crime repugnante, asqueroso, depravado, horrível, sádico ou cruel, seja por sua gravidade objetiva, por seu modo ou meio de execução, seja pela finalidade do agente. No entanto, o conceito legal de crime hediondo diz respeito apenas aos crimes que estão previstos no artigo 1º da Lei nº. 8.072/1990, ou seja: só serão crimes hediondos aqueles que a norma legal disser que são.

Já faziam parte desse rol alguns crimes dos quais já temos conhecimento, como o homicídio qualificado em todas as suas hipóteses; a lesão corporal dolosa de natureza gravíssima contra autoridade de segurança pública, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; o latrocínio; a extorsão qualificada pela morte; a extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; o estupro (simples e qualificado); estupro de vulnerável (simples e qualificado); epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável e ainda os crimes de genocídio e posse ou porte ilegal de arma de fogo, todos eles tanto em sua forma consumada como tentada.

(MARTINS, Camila Saldanha. **Pacote Anticrime**: crimes hediondos. Crimes Hediondos. 2020. Disponível em: <https://bmef.adv.br/2020/10/05/o-pacote-anticrime-e-as-alteracoes-dos-crimes-hediondos-a-lei-se-tornou-mais-rigida/>. Acesso em: 25 maio 2021.)

Essa lei traz algumas medidas mais duras para aqueles que cometem crimes hediondos, em relação aos crimes "normais". Para estes crimes não há anistia, graça, indulto ou fiança para aqueles que praticam crimes hediondos e equiparados; sendo a anistia quando o Poder Legislativo extingue as consequências de um fato punível, "perdoando" a prática do crime. Graça e Indulto excluem a punibilidade do crime, entretanto, eles são concedidos através de ato do presidente da república, sendo que o indulto é concedido de forma coletiva e a graça é atribuída de maneira individual, a uma pessoa específica.

A prisão temporária terá um prazo de 30 dias, enquanto que a regra para outros crimes é de 5 (cinco) dias; há um prazo maior para o condenado conseguir um livramento condicional, ou seja, a oportunidade de cumprir o restante da pena em liberdade, que é o cumprimento de 2/3 da pena se for réu primário, em casos de crimes não hediondos dolosos de réus primários é de apenas 1/3.

A pena para crimes hediondos será cumprida inicialmente em regime fechado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal – STF, declarou ser inconstitucional que esse regime seja fixado de maneira automática. Devendo, pois, ser analisado o caso concreto.

Ainda, poderá ocorrer a delação premiada de um participante nos casos do crime ser cometido por bando ou quadrilha, podendo sua pena ser reduzida de 1/3 a 2/3.

O crime de estupro de vulnerável trata-se de um crime comum, possível de ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher. Sendo o sujeito passivo a vítima, do sexo masculino ou feminino, menor de 14 (quatorze) anos, ou quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou, ainda, quem, por qualquer motivo, não possa opor resistência.

Considera-se como o objeto jurídico a dignidade sexual do vulnerável, e não a liberdade sexual, pois não se discute se a vítima consentiu ou não com o ato sexual. E, o **objeto material** é a própria vítima, ou seja, a pessoa plenamente vulnerável.

O crime pode se dar pela conjunção carnal, cópula vagínica, ou pela prática de ato libidinoso diverso, não sendo exigido o emprego de violência ou grave ameaça. A Lei 12.015/09 unificou os crimes de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal e o atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214 do mesmo dispositivo legal, e a mesma fórmula foi adotada no art. 217-A, ao tratar do estupro de vulnerável.

Neste caso, o elemento subjetivo é o dolo, consistente na conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não sendo admitida a modalidade culposa por ausência de previsão legal. Torna-se imprescindível que o agente tenha consciência de que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos.

Caso o autor do crime praticar o ato sexual sem o conhecimento de que faz sexo com um ou uma menor de 14 (quatorze) anos, ocorrerá o erro do tipo, previsto no artigo 20 do Código Penal, pois ocorrerá erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal. E, como não há punibilidade para a modalidade culposa, neste caso, a conduta será atípica. Vale ressaltar que o erro do tipo apenas ocorrerá nas situações em que a vítima, de fato, aparentar ser maior de 14 (quatorze) anos. E, o erro de tipo deve recair sobre a idade da vítima, e não sobre a sua vulnerabilidade. Portanto, se o agente, sabendo que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos, com ela mantém relações sexuais ou nela se pratique um ato libidinoso diverso da conjunção carnal (exemplos: toques íntimos, sexo anal e *cunnilingus*), sob o argumento de que não a considerava vulnerável pois se prostitui, por exemplo, ocorrerá o delito do art. 217-A, pois a presunção de violência é absoluta. Tratando-se de vítima menor de 14 anos, o crime poderá ser o de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, nos termos do artigo 218-A, do Código Penal.

Não há que se falar em absolvição por erro de tipo, quando há, nos autos, elementos bastantes a demonstrar a compleição física da vítima, feições e tom de voz infantis, não se mostrando crível que o apelante, um jovem de 24 anos de idade à época do fato, não tenha percebido, ao invadir a intimidade da vítima para satisfazer sua lascívia, tratar-se de uma criança de apenas dez anos de idade. Ademais, segundo entendimento do STJ, deve prevalecer a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidos menores por um adulto, dado os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO – APELAÇÃO CRIMINAL APR 760126320148090123 PIRACANJUBA – Des. CARMECY ROSA MARIA A. DE OLIVEIRA, DJ 2082 - 04/08/2016)

Atualmente, regido pelo artigo 21, do Código Penal, há a previsão legal para o erro de proibição. Ainda que pareça improvável crer que ainda exista alguém que porventura desconheça que é crime a prática de ato sexual com menor de 14 (quatorze) anos, independente do gênero. Contudo, em tese, pode vir a ocorrer, excepcionalmente, sobretudo quando se trata de uma localidade distante, onde não há nenhum tipo de acesso aos meios de comunicação, e por seguinte, nenhum contato com propagandas e divulgação desta proibição. E, um adulto, com anuência dos pais, mantém

relacionamento amoroso com um menor de 14 (quatorze) anos. Nesta hipótese, nenhum dos adultos têm ciência do tipo penal.

Para configurar o estupro é necessário o dissenso sincero e positivo da vítima durante todo o ato sexual, ou seja, uma reação efetiva à vontade do agente de com ele ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Na lição BITENCOURT (2012), “não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça”.

Contudo, tratando-se de vítimas vulneráveis, com ou sem o seu consentimento, o crime será o de estupro de vulnerável, nos termos do artigo 217-A, do Código Penal. Os §§ 1º e 2º, do art. 213, do Código Penal, elencam as formas qualificadas do estupro, alterando o mínimo e o máximo das penas previstas em abstrato. Se a vítima for menor de 14 anos, o crime é de estupro de vulnerável, independentemente do emprego da violência ou grave ameaça. Para a consumação do crime dispensa-se a efetiva relação sexual.

Segundo o RHC 70.976/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 10/8/2016, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o estupro de vulnerável pode se caracterizar inclusive em situações nas quais não ocorre o contato físico entre o agente e a vítima. O tribunal decidiu que o contato do órgão sexual do agente com o corpo da vítima consuma o crime mesmo que não tenha havido efetiva relação sexual.

No caso deste julgado, um autor foi flagrado passando o seu órgão genital nas nádegas e nas costas de uma criança com apenas quatro anos de idade. O caso ocorreu na cidade do Rio de Janeiro e, em primeira instância o réu foi sentenciado a nove anos de reclusão. Contudo, diante do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça reformou a sentença para reconhecer a tentativa de estupro em virtude da ausência de penetração.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, restabeleceu a sentença de primeira instância sob o argumento de que o acórdão contrariava a orientação consolidada pela Terceira Seção do tribunal sob o rito dos recursos repetitivos: para que se caracterize o crime do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente pratique conjunção carnal *ou qualquer outro* ato libidinoso com o vulnerável. Portanto, a conduta realizada pelo réu define como consumado o crime contra o vulnerável.

No que compete o julgamento do crime de estupro de vulnerável o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos do artigo 145, autorizou aos Estados e o Distrito Federal a criação de varas especializadas e exclusivas para processar e julgar demandas envolvendo crianças e adolescentes, dentro da estrutura do Poder Judiciário. E, no mesmo

dispositivo legal, nos termos do artigo 148, há uma descrição das matérias a serem tuteladas pelas respectivas varas.

O maior de 18 anos acusado da prática de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP) pode, por esse fato, ser submetido a julgamento perante juízo da infância e da juventude na hipótese em que lei estadual, de iniciativa do tribunal de justiça, estabeleça a competência do referido juízo para processar e julgar ação penal decorrente da prática de crime que tenha como vítima criança ou adolescente. A jurisprudência do STJ havia se pacificado no sentido de que a atribuição conferida pela CF aos tribunais de justiça estaduais de disciplinar a organização judiciária não implicaria autorização para revogar, ampliar ou modificar disposições sobre competência previstas em lei federal. Nesse contexto, em diversos julgados no STJ, entendeu-se que, como o art. 148 da Lei 8.069/90 (ECA) disciplina exaustivamente a competência das varas especializadas da infância e juventude, lei estadual não poderia ampliar esse rol, conferindo-lhes atribuição para o julgamento de processos criminais, que são completamente alheios à finalidade do ECA, ainda que sejam vítimas crianças e adolescentes. Todavia, em recente julgado, decidiu-se no STF que tribunal de justiça pode atribuir a competência para o julgamento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes ao juízo da vara da Infância e juventude, por agregação, ou a qualquer outro juízo que entender adequado, ao estabelecer a organização e divisão judiciária. (Precedente citado do STF: HC 113.102-RS, Primeira Turma, DJe 15/2/2013. HC 219.218-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/9/2013.)

O Código de Processo Penal, nos termos do artigo 156, inciso I, estabelece que:

A prova poderá ser produzida antecipadamente, até mesmo antes de deflagrada a ação penal, desde que seja urgente e relevante, exigindo-se, ainda, que a medida seja necessária, adequada e proporcional. 2. A relevância da oitiva das menores é incontestável, e sua condição de crianças suspeitas de terem sido abusadas sexualmente é suficiente para que se antecipe a produção da prova testemunhal, estando demonstrada a urgência da medida, vale dizer, que os seus depoimentos irão se perder ou não serão fidedignos caso sejam colhidos no futuro. 3. Conquanto a oitiva das vítimas antes mesmo de deflagrada a persecução penal caracterize

situação excepcional, o certo é que a suspeita da prática de crime sexual contra criança e adolescente justifica a sua inquirição na modalidade do 'depoimento sem dano', respeitando-se a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, em ambiente diferenciado e por profissional especializado. 4. A colheita antecipada das declarações de menores suspeitos de serem vítimas de abuso sexual, nos moldes como propostos na hipótese, evita que revivam os traumas da violência supostamente sofrida cada vez que tiverem que ser inquiridos durante a persecução. (STJ, HC 226179 / RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, j. 08/10/2013).

No que concerne ao crime de estupro de vulnerável a palavra da vítima será de suma importância para o devido processo legal. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos. (AgRg no REsp 1346774/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 18/12/2012).

Em relação a ausência de exame de corpo de delito há também o posicionamento do STJ, onde reza a inafastabilidade da materialidade do delito de estupro do vulnerável:

(...) nos crimes sexuais a ausência de laudo pericial não afasta a materialidade do delito, tendo em vista que, praticado na clandestinidade e muitas vezes não deixando vestígios, a palavra da vítima em consonância com a prova testemunhal autoriza a condenação. (STJ, HC 240393 / BA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE))

Nos termos do artigo 217-A, do Código Penal, haverá formas qualificadas do delito sempre que:

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

Os parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A do CP descrevem crimes preterdolosos, que são crimes em que o resultado da lesão de natureza grave ou morte não foi desejado pelo autor do delito, mas ele ocorreu a título de culpa. Praticando o dolo de lesionar ou matar a vítima, ainda que eventualmente, deve o autor ser responsabilizado por ambos os crimes.

Há no artigo 226, do Código Penal a previsão de causas de aumento de pena:

A pena é aumentada: I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

3.1 – Direito Penal dos Vulneráveis

Nos termos da Lei nº 12.015, de 2009, a legislação brasileira foi alterada na parte dos crimes sexuais para compreender os crimes contra a dignidade sexual, anteriormente tratados como crimes contra os costumes. A inclusão da pessoa do vulnerável nos crimes contra a dignidade sexual ocorreu devido ao pacto firmado pelo Brasil junto à comunidade internacional. Visto que a sexualidade humana vai de encontro aos aspectos sociais de toda a humanidade.

Ao analisar o direito penal dos vulneráveis, ocorre a aproximação da dignidade sexual e a dignidade da pessoa humana e, vale ressaltar que no âmbito da vida sexual, a cultura de cada povo estabelece o que é ou não é permitido como prática da vida sexual. Neste prisma, o Direito Penal, opera de maneira variada de sociedade para sociedade.

Em razão deste paradigma observa-se que o Direito Penal opera em muitas ocasiões como emergência em determinadas situações concretas, sobretudo como possibilidade de repressão. Assim, por questões sociais a tutela deixou de ser algo advindo de interesse individual para ser uma tutela supra individual. Mas, fato é que o Direito Penal não consegue, apenas pelo aparato repressivo, coibir ou eliminar as violências praticadas pelo ser humano contra outro ser humano.

Reconhece-se que as vítimas vulneráveis carecem de uma proteção efetiva contra o abuso de violência e, que o Estado deve investir de forma generalizada para assegurar que seja possível a viabilidade desta proteção. Verifica-se que há uma carência emocional, uma

carência de recursos econômicos e uma gigantesca lacuna de políticas públicas que incluam pessoas e comunidades vulneráveis, o que reafirma um abandono social por parte do Estado e, resta ao Direito Penal atuar no ordenamento jurídico como o repressor da violência gerada por estas carências que marcam o cenário brasileiro.

3.2 – Crime de Estupro de Vulnerável

Através da redação da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ocorreu a alteração do Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – referente ao Código Penal e outros dispositivos, substituindo a antiga denominação de Crimes contra os costumes para Crimes contra a dignidade sexual. Esta pode ser considerada uma significativa transformação do Direito Penal brasileiro, pois a dignidade sexual, sob o prisma de um dos valores fundamentais da sociedade, carecia há muito, de uma devida adequação do ordenamento jurídico.

Por décadas predominou dispositivos legais que mascaravam uma concepção arcaica, machista e patriarcal, onde a raiz se mantinha na própria discriminação da dignidade sexual.

No entanto, torna-se possível constatar que este singular avanço legislativo, não resolve por si as inúmeras questões que rondam a âmbito da dignidade sexual, sobretudo no que se refere ao gênero feminino. Novos dispositivos são tão somente a ponta deste iceberg e, muito a que se debruçar sobre este tema todo o espectro social e jurídico do país. Diariamente ocorre um número estrondoso de abusos. Muitas vezes sem a devida sanção dos autores, espalhando por estados e municípios uma onda de degradação do ser humano, infelizmente, constata-se que crianças e adolescentes permanecem sofrendo violência sexual inclusive por parte daqueles que deveriam ser os seus protetores.

Quando se aborda o tema da violação de direitos humanos, a violência sexual é uma das mais antigas expressões da violência de gênero e, ainda que as vítimas sejam de ambos os sexos, há evidências de um altíssimo número de mulheres agredidas e violadas, especialmente aquelas que se encontram em situação de alta vulnerabilidade. Onde há uma carência generalizada de educação, segurança e esteio. Partindo deste terrível cenário brasileiro, verifica-se que urge uma política pública e participativa de toda a sociedade para que ocorra, de forma efetiva e atuante, uma força tarefa que possibilite amplamente a garantia à dignidade sexual, independente do gênero.

Ao emanar a necessidade de políticas públicas que abarquem toda a dimensão e formação humana, é chamar para um romper de tabus e crenças culturalmente criados e vividos e, enraizados pelo hábito reiterado de conviver com a violência e os abusos em suas mais variadas formas. Vale-se dizer do grau máximo de relevância para um novo enfoque de práticas educacionais e culturais, de maneira a transformar os velhos costumes

em algo onde a igualdade de gêneros seja mais que uma simples frase veiculada pela mídia. Os seres humanos, sem distinção, devem ocupar um lugar no mundo em que todos possam expressar suas crenças e seus valores sexuais, familiares, culturais e religiosos sem medo de mau tratos, injúrias e violências.

Observa-se, neste cenário, que o sistema penal equivale a apenas uma parte de um todo, para além dele há toda uma vasta dimensão a ser construída e transformada pela sociedade. Um cenário onde a participação de todos poderá vir a modificar e romper um ciclo vicioso da violência sexual.

3.3 – Direito Penal dos Vulneráveis

Nos termos da Lei nº 12.015, de 2009, a legislação brasileira foi alterada na parte dos crimes sexuais para compreender os crimes contra a dignidade sexual, anteriormente tratados como crimes contra os costumes. A inclusão da pessoa do vulnerável nos crimes contra a dignidade sexual ocorreu devido ao pacto firmado pelo Brasil junto à comunidade internacional. Visto que a sexualidade humana vai de encontro aos aspectos sociais de toda a humanidade.

Ao analisar o direito penal dos vulneráveis, ocorre a aproximação da dignidade sexual e a dignidade da pessoa humana e, vale ressaltar que no âmbito da vida sexual, a cultura de cada povo estabelece o que é ou não é permitido como prática da vida sexual. Neste prisma, o Direito Penal, opera de maneira variada de sociedade para sociedade.

Em razão deste paradigma observa-se que o Direito Penal opera em muitas ocasiões como emergência em determinadas situações concretas, sobretudo como possibilidade de repressão. Assim, por questões sociais a tutela deixou de ser algo advindo de interesse individual para ser uma tutela supra individual. Mas, fato é que o Direito Penal não consegue, apenas pelo aparato repressivo, coibir ou eliminar as violências praticadas pelo ser humano contra outro ser humano.

Reconhece-se que as vítimas vulneráveis carecem de uma proteção efetiva contra o abuso de violência e, que o Estado deve investir de forma generalizada para assegurar que seja possível a viabilidade desta proteção. Verifica-se que há uma carência emocional, uma carência de recursos econômicos e uma gigantesca lacuna de políticas públicas que incluam pessoas e comunidades vulneráveis, o que reafirma um abandono social por parte do Estado e, resta ao Direito Penal atuar no ordenamento jurídico como o repressor da violência gerada por estas carências que marcam o cenário brasileiro.

3.3 – Violência de Gênero e Crimes Sexuais

A principal lei nacional no enfrentamento dessa violência é a Lei nº 11.340/2006, também conhecida como a Lei Maria da Penha, sendo considerada um divisor de águas do ordenamento jurídico brasileiro na luta contra a violência baseada no gênero.

Nas palavras de ROSSI, (2015):

A este tipo de violência, que pode se manifestar nas formas física e/ou psíquica, praticada apenas pela condição de mulher da vítima e manifestada como uma forma de “correção” àquelas que desrespeitaram o que lhes foi socialmente imposto, denomina-se violência de gênero. (ROSSI, Giovana. **Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica**: Análise do discurso judicial no crime de estupro. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 19. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/134028>>. Acesso em: 18 de maio de 2021.

A violência de gênero, são formas de violências perpetradas contra a vítima mulher, por conta de sua identidade de gênero, e pode se manifestar em sua forma física, intrafamiliar, doméstica, violência psicológica/moral, sexual, econômica/financeira, institucional e patrimonial.

Estão previstos cinco tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher na Lei Maria da Penha: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial – Capítulo II, art. 7º, incisos I, II, III, IV e V. Essas formas de agressão são complexas, perversas, não ocorrem isoladas umas das outras e têm graves consequências para a mulher. Qualquer uma delas constitui ato de violação dos direitos humanos e, portanto, deve ser denunciada.

Em relação aos avanços no âmbito da igualdade entre os sexos, a conduta feminina ainda é considerada como marca fundamental para a ocorrência de delitos sexuais. A inclusão do debate de gêneros no âmbito jurídico é fruto de um processo de participação ativa das mulheres na política mundial. Entretanto, não obstante todos os direitos conquistados, a violência e opressão feminina são maculados com tolerância e incentivo social, o que é facilmente percebido, por exemplo, na cultura do estupro, contexto no qual a violência à dignidade sexual é entendida como normal e justificada pelo comportamento da vítima. Sendo, portanto, de grande importância para o direito, a inclusão das discussões sobre violência de gênero e demais implicações para a desconstrução de estereótipos e preconceitos.

Dessa forma, é possível concluir que a organização social ainda é pautada na subjugação do gênero feminino em relação ao masculino, subjugação amparada e justificada por décadas de violência de gênero.

No Brasil, encontra-se, significativamente, a “cultura do estupro”, onde constata-se ser alarmante os casos de assédio e violências sexuais. Estes crimes são aceitos e, por vezes, justificados e compreendidos socialmente sob o prisma da avaliação do comportamento da mulher, a vítima dos abusos. Constata-se que o pensamento popular ainda perdura no sentido de que são as meninas, ensinadas desde a tenra idade, que devem portar-se de forma a “não dar brechas” para atos de violência sexual.

Neste prisma, quando a mulher violentada procura o sistema de justiça criminal, a fim de buscar a penalização de seu agressor encontra, no operador do direito um perpetuador da violência de gênero e a duplicação do seu sofrimento. Para ANDRADE, (2016) além da violência sexual, a mulher se torna vítima da violência institucional do sistema penal que repercute a violência estrutural das relações sociais capitalistas e patriarcais. Nas palavras da autora:

O julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de um

a violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam, simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimização sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. O que ocorre, pois, é que no campo da moral sexual o sistema penal promove, talvez mais do que em qualquer outro, uma inversão de papéis e do ônus da prova. A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime acaba por ver-se ela própria “julgada” (pela visão masculina da lei, da polícia e da Justiça), incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada. (ANDRADE, Vera Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima**. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2016. P. 98,99).

Às mulheres, em linhas gerais não têm o direito a ter voz, não costuma ser-lhes oportunizado o direito em emitir suas opiniões, situação que se agrava cada vez mais quando elas são vítimas de violência de gênero. Pelas formas e maneiras em que ocorrem os estupros, comumente, em localidades distantes e desertas ou ainda, no mais íntimo ambiente do próprio lar, esses delitos, são um frágil conjunto probatório, limitando-se, muitas vezes ao depoimento da vítima. Contudo, no que se refere ao depoimento da vítima em casos de crimes contra a dignidade sexual, considerando em que um alto percentual dos crimes o depoimento central estabelecido como meio de prova são os das mulheres embasados em sua vida pregressa e vistas com pleno descrédito.

4 - PROTEÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL

Nos termos da Lei nº 13.772/18, foi inserido o artigo 216-B no Código Penal, com a finalidade de atualizar a listagem de condutas praticadas com a mais aperfeiçoada tecnologia visual, compreendendo filmadora, máquina fotográfica, binóculos, drone e outros. O artigo recepcionou a seguinte redação:

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

(BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

A nova lei também acrescentou que na mesma pena incorre quem faz montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro contendo cena de nudez, de ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. E, em se tratando de crime praticado contra criança ou adolescente, aplica-se o artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê uma pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa.

A Constituição Federal, de 1988, dentre vários direitos desenvolvidos e tutelados, recepcionou em seu texto a proteção à intimidade do cidadão, assim descrita no inciso X do artigo 5º: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Considera-se a dignidade sexual na intimidade do lar com um espaço discreto e visitado somente pela pessoa interessada. O ambiente em que vai estar consigo mesmo. Portanto, sem nenhum acesso à curiosidade privada. Neste viés pode figurar o que é mais precioso para a pessoa, desde a sua crença religiosa até os seus segredos mais íntimos,

sem qualquer risco de invasões arbitrárias e, principalmente, de se chegar ao conhecimento público porque não existe qualquer registro materializado de sua anuência.

Assim, pode-se dizer até que, na era da mais célere informática, da tecnologia mais apurada, nenhum dispositivo, ferramenta ou aplicativo será capaz de captar o que circula neste espaço reservado, de uso exclusivo de seu titular.

COSTA Jr., (1970) definiu a intimidade como sendo:

A necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos. (COSTA Jr., Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 8.)

Partindo da compreensão deste enunciado, o espaço reservado de forma particular pelo indivíduo abarcando sua intimidade, sua solitude, ninguém poderá adentrar, ninguém poderá acessar, seja pessoalmente ou através do uso de tecnologia visual, compreendendo filmadora, máquina fotográfica, binóculos, drone e outros, pois conclui-se como um ambiente puramente individualista e sem qualquer relação com o exterior.

O direito à intimidade está relacionado de forma especial ao direito à imagem. Isto porque, por diversas vezes, a intimidade é violada por meio da divulgação da imagem e de conteúdos relacionados a ela. Partindo desse pressuposto, SAMPAIO (1998), leciona sobre o direito à imagem:

Como objeto de um direito, o direito à imagem, a experiência jurídica a tem associado componentes que, embora inter-relacionados com a noção supracitada, destaca-se na precisa definição dos poderes atribuídos a seus titulares: negativos: de oposição à sua realização, produção, reprodução e divulgação, enfim, ao conhecimento alheio; positivos: de consentir com tudo isso. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 377)

4.1 - Das Provas

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, nos termos do artigo 5º, inciso LV, estabelece que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No título VII do Código de Processo Penal aponta a prova em matéria processual penal, estabelecendo em seu artigo 155 que: “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova, estabelecidas na lei civil”. E, nos termos do artigo 212 do Código Civil Brasileiro há previsão que: “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia”.

O Código de Processo Civil Brasileiro, nos termos do artigo 332 do capítulo VI, denominado (Das Provas), determina que: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Sabe-se que a prova nos crimes de qualquer espécie é o objeto principal de uma ação penal, pois nela se baseará o veredicto final, seja para absolver ou condenar o autor dos delitos que lhes forem imputados. Segundo NUCCI (2016):

A prova é tudo aquilo que será utilizado para contribuir na formação do convencimento do órgão julgador, e esta pode ser entendida como o ato de provar - instrução probatória; o meio para provar, que são os instrumentos para a demonstração da verdade; e o resultado obtido para a análise do material probatório, isto é, o efeito ou o resultado da demonstração daquilo que se alega. O elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato, verificando de que forma existiu ou como existe, de modo que o magistrado formará a sua convicção quanto ao caso concreto com o auxílio destas. (NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra Dignidade Sexual. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2014, p. 377)

No mesmo sentido, segundo CAPEZ (2011):

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. parte especial. v. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 344)

Fundamentalmente, “existe três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: Processo pelo qual se verifica a verdade do fato alegado pela parte no processo; b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo; c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato”, segundo MIRABETE (2007, pág. 465).

RAMALHO JUNIOR (2004), conceitua prova da seguinte forma:

O conceito de prova pode ser tido como comunicação, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório. [...] A prova seria, portanto, uma mensagem descritiva, ou seja, com a finalidade precípua de informar. Norma e prova, assim, seriam duas grandes fontes de informação, prescritiva e descritiva, tendentes a compor um verdadeiro universo linguístico em que estaria mergulhado o juiz no momento da tomada de decisão. (RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, pág. 16)

Nesse sentido, tem-se que a prova tem como principal função informar, ou seja, esclarecer os fatos anteriormente apresentados, para que no momento da tomada de decisão o magistrado possa alicerçar-se em evidências concretas, e não apenas em meras suspeitas, conforme nos ensina TÁVORA; ALENCAR (2013):

A prova pode ser vista como um elemento que explicita os fatos em busca da verdade, contribuindo para que o magistrado ao realizar sua análise profira sua decisão de forma embasada, coerente e fundamentada. A demonstração da verdade dos fatos, é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribuiu para a formação do convencimento do juiz, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, pág 388)

A prova, ao ser direcionada ao processo pode ser apresentada por qualquer das partes e pelo juiz e pode ser utilizada por qualquer um deles, caracterizando o princípio da comunhão dos meios de prova. Portanto, a prova pode ser vista como fonte de informações que, em conjunto a outros procedimentos, pode oferecer a certeza processual,

permitindo ao magistrado a estabelecer sua convicção em um determinado processo que esteja julgando.

4.2 – Meio de Provas

No Processo Penal, a prova realiza a tarefa de identificar algo que mais se aproxime da verdade dos fatos para que seja julgada uma determinada ação do réu. Em busca, sobretudo, de reproduzir os fatos investigados no processo, buscando clareza e assertividade ao se reproduzir os acontecimentos considerando o tempo e o espaço.

O magistrado formará sua convicção através da atividade probatória estabelecida pelas partes ou até mesmo por contribuição de terceiros. Por exemplo, no caso de um perito, que apresentará ao juiz uma possibilidade para que ele chegue mais perto do que realmente aconteceu. Poderá decidir livremente, observando todas as provas disponíveis nos autos, obedecendo a critérios racionais e lógicos, surgindo, assim, o princípio do livre convencimento do juiz como um sistema de apreciação da prova conforme o disposto no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal.

Art. 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

(BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.)

A finalidade da prova é estabelecer a verdade real, pode ser vista como fonte de informações que juntamente de outros procedimentos pode oferecer a certeza processual, auxiliando o magistrado a formular sua convicção para aplicação da norma legal de forma segura, sem dúvidas e sem equívocos.

As provas, no termo do o artigo 332 do Código de Processo Civil, estão definidas como: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Portanto, as provas são admitidas em Direito e podem ser apresentadas no devido processo legal, respeitados o contraditório e a ampla defesa como garantias processuais. Contudo, nem tudo pode ser apresentado como prova. Há para a doutrina a chamada de prova proibida, que são a prova ilegítima e a prova ilícita. Estas, não devem ser admitidas no processo. Caso sejam admitidas, devem ser desentranhadas dos autos.

A prova ilegítima é aquela obtida com violação de regras de ordem processual. Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão, violando a regra contida no artigo 207, Código de Processo Penal.

A prova ilícita é aquela obtida com violação a regras de direito material, violação a direito da pessoa. Exemplo: provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF).

As provas ilícitas formam as denominadas provas vedadas. São provas que não podem ser levadas a juízo ou chamadas para fundamentar um direito. São meios de provas, nos termos do Código de Processo Penal brasileiro, em seu Título VII, dos artigos 155 a 250.

Os meios de prova existentes de uma forma não taxativa, são eles os meios úteis para a formação direta ou indireta da verdade real, sendo, portanto, regularizados em lei para produzir efeitos dentro do processo: a prova pericial (artigos 158 a 184, CPP); o exame de corpo de delito (artigos 158, CPP); o interrogatório (artigos 185 a 196, CPP); Confissão (artigos 197 a 200, CPP); as declarações do ofendido (artigo 201, CPP); a prova testemunhal (artigos 202 a 225, CPP); o reconhecimento de pessoas e coisas (artigos 226 a 228); a acareação (artigos 229 e 230, CPP); a prova documental (artigos 231 a 238, CPP); os indícios (artigo 239, CPP) e a busca e apreensão (artigos 240 a 250, CPP).

São diversos os meios de provas, que ao o magistrado usará ao caso concreto, pois, em cada crime muitos aspectos deverão ser analisados e cada um deixa os seus vestígios e materialidades de uma forma específica. Há casos em que não existe nenhuma prova, a não ser a palavra probatória da vítima.

A palavra probatória da vítima, também denominada de declaração da ofendida possui natureza jurídica de meio de prova, que será recebida no curso da instrução. De acordo com Nucci (2019, p. 582), "Trata-se de ponto extremamente controverso e delicado na avaliação de prova".

É considerado como um meio de prova, assim como qualquer outro, porém, deve ser estudado e interpretado de uma forma especial, pois, é dotado de sentimentos e frustrações pelo fato ocorrido, tomando precauções necessárias para evitar condenações e absolvições injustas. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.)

Ainda de acordo com o autor, a palavra da vítima tem ganhado força especial como meio de prova para a condenação do acusado, desde que esteja em conformidade com outras provas do fato.

5.1 – Requisitos objetivos e subjetivos para decretar a Prisão Preventiva

O testemunho é um meio de prova disciplinado nos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal. O Juiz, tendo em vista o sistema do livre convencimento, pode valorá-lo livremente à luz das demais provas produzidas. No antigo sistema da certeza legal ou da prova legal prevalecia o brocardo *testis unus, testis nullus* (*voix d'un, voix de nul*, para os franceses), onde uma só testemunha não valia como prova.

Atualmente se admite uma condenação com base em um único testemunho desde que corroborado com os demais meios probatórios colacionados aos autos.

(...) 5. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios. Incidência da súmula 83/STJ. (AgRg no AREsp 1352080/SP). (Tribunal de Justiça do Ceará TJ-CE – Apelação Criminal: APR 0001846-08.2016.8.06.0080 – Relatora: Ministra Maria Edna Martins – Julgamento: 02 de fevereiro de 2021.)

Por outro lado, muitas vezes vários testemunhos não são suficientes para uma sentença condenatória. Portanto, o que importa não é o número de testemunhas, mas a credibilidade do respectivo depoimento e o critério com que o julgador o aferirá.

A palavra da vítima tem relevância diante dos fatos ocorridos. Contudo, o seu depoimento deve estar em consonância e conformidade com as demais narrativas.

5.2 – Aspectos fundamentais da Prisão Preventiva

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu a justiça como sua balizadora e, nos termos de seu art. 5º, inciso LVII, determinou que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito de uma sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Desse modo, a pessoa deverá ser presumida inocente, até a sentença penal transitada em julgado.

Em tal linha de pensamento, qualquer medida cautelar vai exigir a existência dos seguintes requisitos: o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*), ou seja, a pretensão condenatória deverá se revelar legítima; *periculum libertatis* (*periculum in mora*), pois apenas se justifica a restrição à liberdade se esta liberdade configura um risco à real

prestação jurisdicional que se busca. Ambos com fundamentos jurídicos descritos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Deverão ser aplicadas, primeiramente, as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal, e, caso se constate que incorre o *periculum libertatis*, recorrer-se-á à prisão preventiva, nos termos do artigo 282, §§ 1º e 2º c.c. § 4º do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, bem como as demais prisões cautelares, destina-se a garantir a efetividade da administração da justiça, na busca de se obter segurança para o bom andamento do processo ou da investigação criminal. Tal medida é considerada como secundária e excepcional. Portanto, deve ser aplicada como último recurso, visto que se trata de um ato que priva a liberdade do indivíduo.

Em 2019, com as alterações trazidas pelo chamado “Pacote Anticrime”, através da Lei nº 13.964/2019, restaram modificados alguns artigos do Código de Processo Penal relativos a prisão preventiva.

No artigo 311 do Código de Processo Penal, a expressão “de ofício” foi retirada, passando a seguinte redação: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Assim, não é mais possível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, respeitando o princípio acusatório do devido processo legal.

No artigo 312 do Código de Processo Penal foi acrescentado, em sua parte final, a possibilidade de decretar a prisão preventiva no caso de perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado. Ainda neste artigo foi acrescentado o parágrafo segundo que reforça a necessidade de fundamentar o perigo e a existência concreta de fatos novos ou antigos que justifiquem a aplicação da medida adotada, sob pena de nulidade.

Outra alteração ocorreu no artigo 313 do Código de Processo Penal, em que foi acrescentado o parágrafo segundo que estabelece que 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, pois a prisão preventiva não pode ser considerada uma antecipação de pena, mantendo assim seu caráter cautelar, excepcional e de ultima ratio.

Em se tratando do artigo 315 do Código de Processo Penal, este passou a trazer de forma mais detalhada a fundamentação da decisão que decreta, que substitui ou denega a prisão preventiva, destacando, em seu segundo parágrafo, os casos em que não se

considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acordão. A motivação e a fundamentação permitem que sejam examinados os motivos de fato e de direito que formaram o convencimento do juiz.

Por fim, o artigo 316 do Código de Processo Penal possibilitou ao magistrado, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação a do processo, não houver mais motivos para que ela subsista. E, em seus termos, possibilitou que o magistrado voltasse a decreta-la, se sobrevier razões que a justifiquem.

Ainda ao artigo 316, foi acrescentado o parágrafo único que estabelece que o órgão emissor do decreto preventivo deve revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena da prisão ser considerada ilegal.

As alterações trazidas pela nova Lei nº 13.964/2019, marcaram significativas mudanças no cenário da prisão preventiva. Destaca-se o detalhamento referente a motivação e fundamentação das decisões, bem como a finalidade cautelar da prisão preventiva que não deve servir como antecipação de pena, fazendo com que seja dever do órgão emissor a revisão da necessidade da permanência da prisão; a vedação da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, cabendo-lhe uma posição paralela as partes, respeitando o princípio acusatório do devido processo legal.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica abordou o crime estupro de vulnerável e a questão do pedido de prisão preventiva: a notícia criminis basta para o pedido de prisão? Neste trabalho, a autora buscou esboçar alguns tópicos de relevante questão no procedimento da prisão preventiva prevista no ordenamento jurídico brasileiro tendo como norteador o crime estupro de vulnerável. Dentre eles, as alterações do crime de estupro Lei nº 12.015/2009; a tutela penal da intimidade, os meios de prova, os direitos dos vulneráveis, a violência de gênero e crimes sexuais, a proteção da intimidade sexual, os meios e requisitos objetivos e subjetivos para decretar a prisão preventiva.

Primeiramente foi feito um levantamento sobre as alterações do Crime de Estupro, o antes e o depois dos termos da Lei nº 12.015/2009; o conceito de intimidade e as violações da intimidade sob o prisma da violência de gênero. O conceito de vulnerável e o direito penal dos vulneráveis.

Num segundo momento desta pesquisa, abordou-se o surgimento do Pacote Anticrimes, com o advento da Lei nº 13.964/2019 e as alterações relativas aos requisitos para a prisão preventiva.

Uma questão que deve ser analisada em relação à prisão preventiva é de que esta deveria ser uma medida excepcional, como apontam muitos juristas em todo o país. Essa é a ideia mais difundida entre os operadores do Direito. Contudo, em muitos casos, ela acaba sendo banalizada pela justiça, no sentido de ser usada sem os crivos, os critérios e as premissas necessárias para que ocorra.

Há estudos que sustentam o apelo que prisões preventivas podem ter, principalmente pela sociedade civil, por causa do senso de que isso fará justiça. No entanto, existem casos em que, por conta do clamor social pedindo uma ação da Justiça ou pressionando o magistrado para agir, decisões são proferidas de maneira errônea e equivocada. Isso ocorre também nos casos de prisão preventiva, em que nem sempre existem as provas ou indícios básicos necessários para que ela seja definida.

A prisão preventiva deveria ser uma medida excepcional. Essa é a ideia mais difundida entre os operadores do Direito. Em muitos casos, porém, ela acaba sendo banalizada pela justiça, no sentido de ser usada sem os critérios e as premissas necessárias para que ocorra.

Em certas situações, decisões proferidas por tribunais formam precedentes de jurisprudência e essas decisões acabam por antecipar à própria legislação vigente. Quando se trata de prisões preventivas, uma nova jurisprudência pode significar passar por cima do direito de presunção de inocência, na qual a Constituição Federal, de 1988, se ampara.

A prisão preventiva deve ser justificada por absoluta necessidade, sem formar um juízo abreviado, sob pena de se descaracterizar o próprio instituto. No artigo 330 do Código de Processo Penal, estão elencados os pressupostos de admissibilidade, fica a prisão preventiva condicionada à comprovação da materialidade delitiva e dos indícios suficientes de autoria, correspondentes à justa causa (*fumus commissi delicti*), necessário demonstrar o fator de risco justificante da medida restritiva de liberdade (*periculum libertatis*).

Essas considerações permitem afirmar que o crime estupro de vulnerável e a questão do pedido de prisão preventiva: a *noticia criminis* não basta para o pedido de prisão do acusado. Não mais pode ser decretada a prisão preventiva por decisão própria do juiz, dependendo atualmente de requerimento do Ministério Público, do Delegado ou da parte que se sente ameaçada. Além destas situações, como segurança da ordem pública ou prova de crime, o caso de perigo gerado pela liberdade do suspeito a quem o crime é imputado também é considerado.

A decisão do pedido de prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada segundo a existência concreta de fatos novos ou atuais que justifiquem a prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **Importunação ofensiva ao pudor**: importunação sexual. Importunação sexual. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69232/importunacao-sexual-deixou-de-ser-contravencao-e-virou-crime>. Acesso em: 25 maio 2020.

Assembleia Geral das Nações Unidas. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. 1948. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 maio 2021.

(BALLAROTTI, Bruna *et al.* **SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA DE FAMÍLIA E COMUNIDADE**: violência contra meninas. VIOLÊNCIA CONTRA MENINAS. 2020. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/noticias/violencia-contra-meninas-e-adolescenc>. Acesso em: 01 maio 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial* – Volume 4. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2012, p. 51.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 27 jul. 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. parte especial. v. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTRO, Leandro. **ESTUPRO DO VULNERÁVEL**: artigo 217-a, código penal brasileiro. Artigo 217-A, Código Penal Brasileiro. 2014. Legislação Comentada. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 02 maio 2021.

CONSTITUIÇÃO, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.)

CORÍNTIOS: 14:11 -15. Textos bíblicos - Conselho de Paulo. Disponível em: <http://www.centrowhite.org.br/>. Acesso em: 21 maio 2021.

CORÍNTIOS: 14:34-35. Textos bíblicos - Conselho de Paulo. Disponível em: <http://www.centrowhite.org.br/>. Acesso em: 21 maio 2021.

CRUZ, Relator: Ministro Rogerio Schietti. **STJ - Superior Tribunal de Justiça**: sexta turma nega habeas corpus a réu condenado por estupro de vulnerável mesmo sem contato físico. Sexta Turma nega habeas corpus a réu condenado por estupro de vulnerável mesmo sem contato físico. 2021. Nexo Causal - DECISÃO 26/02/2021 08:40. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26022021-Sexta-Turma-nega-habeas-corpus-a-reu-condenado-por-estupro-de-vulneravel-mesmo-sem-contato-fisico.aspx>. Acesso em: 03 maio 2021.

Estados partes (org.). **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**: onu. ONU. 1966. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GÊNESIS: Capítulo 3: 16. Capítulo 3: 16. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/3/16>. Acesso em: 21 maio 2021

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito a prova no Processo Penal. Revista dos Tribunais. 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p. 128.

GORPHE FRANCISCO. De la apreciación de las pruebas. Buenos Aires. 1955.

http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol9_n2_2014_crime_estupro.pdf.

JIMENEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal**. 2ª ed. Valência, p.156, 201. Disponível em: <http://pt.scribd.com/document/250867101/Curso-de-Politica-Criminal-EMILIANO-NORJA-JIMENEZ-2011-pdf>.

JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. – Ed. – São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A, 1970.

JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. – Ed. – São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A, 1970.

JURISWAY. Evolução Histórica da Organização Criminosa no Mundo e no Brasil. Publicado em 07 set. 2015. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15358>. Acesso em: 20 set. 2020.

LIMA, José Afonso de; SANTOS, Claudiene. Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MAGALHÃES. Direito a prova no Processo Penal. Revista dos Tribunais. 1997.

MAIA, Adriele Gonçalves. **O crime de estupro e sua correlação com a evolução da dignidade da pessoa humana e os direitos das mulheres**. Revista Unar, Araras, v. 9, n. 2, p. 1-7, 2014.

MARTINS, Camila Saldanha. **Pacote Anticrime**: crimes hediondos. Crimes Hediondos. 2020. Disponível em: <https://bmef.adv.br/2020/10/05/o-pacote-anticrime-e-as-alteracoes-dos-crimes-hediondos-a-lei-se-tornou-mais-rigida/>. Acesso em: 25 maio 2021.)

MARTINS, Weber. Liberdade Provisória. Rio Forense. 1981. P. 26-27. MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência**. In: Revista de Direito Público, v. 5, n. 2, p. 106-122, Agosto 2010. Disponível em . Acesso em: 26 nov. 2021.

Membros do Conselho da Europa. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 1950. Roma, 04 de novembro. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.)

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 423.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra Dignidade Sexual. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. (org.). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**: (aprovada na nona conferência internacional americana, Bogotá. 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

PACELLI, Eugênio. **Prisão preventiva de liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas. 2013. P. 103.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume I. Maria Celina Bodin de Moraes. – 29. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, inciso X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.).

Comentários à Constituição do Brasil. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 60.

VILELA, Olga dos Santos Caixeta. **A VOZ FEMININA À LUZ DA BÍBLIA**. Disponível em: <http://www.filologia.org.br>. Acesso em: 19 maio 2021.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE APLICADAS AOS GRUPOS VULNERÁVEIS

MARIANA CARDOSO PENIDO DOS SANTOS:

Especialista em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada

Resumo: O presente artigo tem como objeto de estudo as Políticas Públicas de Saúde aplicadas aos grupos vulneráveis, observando desde o cenário aristotélico que trouxe as primeiras perspectivas sobre cidadania, passando pelos modelos de Estado propostos pelos contratualistas, não esquecendo das Grandes Guerras que deixaram vestígios por conta das inúmeras mortes e condições degradantes que os seres humanos foram submetidos, até a implementação dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988. O objetivo das referidas políticas é tentar “aniquilar” as iniquidades presentes no Brasil, haja vista que por conta da miscigenação da população, da diversidade geográfica, econômica, social e cultural, há um impacto distinto na saúde de cada região. A metodologia empregada se deu por meio de pesquisas em livros, artigos acadêmicos publicados em periódicos na área da saúde, legislações e resoluções relacionadas ao tema. Conclui-se, que por mais que a cidadania seja um “atributo” elementar na Carta Magna e no Estado Democrático de Direito, há fatores que nem as Políticas Públicas de Saúde que visam extinguir o problema conseguirão alcançar, pois a mudança deve ocorrer desde a base, efetivando (de verdade) a igualdade material por meio de investimentos na alfabetização, no emprego, moradia, saúde e saneamento básico.

Palavras-chave: Cidadania. Políticas Públicas de Saúde. Grupos Vulneráveis.

Abstract: This article has as its object of study the Public Health Policies applied to vulnerable groups, observing from the Aristotelian scenario that brought the first perspectives on citizenship, passing through the State models proposed by contractualists, not forgetting the Great Wars that left traces on account from the countless deaths and degrading conditions that human beings were subjected to, to the implementation of social rights in the Federal Constitution of 1988. The objective of these policies is to try to “annihilate” the inequities present in Brazil, given that due to the miscegenation of the population, due to geographic, economic, social and cultural diversity, there is a distinct impact on the health of each region. The methodology used was through research in books, academic articles published in journals in the health area, legislation and resolutions related to the subject. It is concluded that, although citizenship is an elementary “attribute” in the Magna Carta and in the Democratic Rule of Law, there are factors that not even the Public Health Policies that aim to extinguish the problem will be able to achieve, as change must occur from (truly) realizing material equality through investments in literacy, employment, housing, health and basic sanitation.

Keywords: Citizenship. Public Health Policies. Vulnerable Groups.

Sumário: 1 Introdução. 2 Uma breve evolução histórica até chegar na saúde como um direito social no ordenamento jurídico brasileiro. 3 Os cidadãos que se enquadram nos denominados grupos vulneráveis. 4 As principais legislações e políticas públicas de saúde adotadas para assegurar os direitos dos grupos vulneráveis. 4.1 As diretrizes implementadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em tempos de COVID-19 para os grupos vulneráveis. 5 Recurso Especial em Habeas Corpus nº 129702-mg (2020/0160964-8). 6 Críticas positivas e negativas pertinentes aos fatos que foram expostos ao longo do artigo. 7 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

A evolução societária passou por diversos marcos ao longo dos anos e fez com que vários paradigmas estatais fossem propostos até chegar nas acepções que encontramos hoje no Estado Democrático de Direito. Vislumbrou-se trazer à tona desde as primeiras compreensões do que seria cidadania, percorrendo os modelos estatais propostos pelos contratualistas, não esquecendo da Primeira e da Segunda Guerra Mundial que foram determinantes para que a dignidade do ser humano fosse efetivamente reconhecida, até se chegar na implementação dos direitos sociais por meio da Constituição Federal de 1988. Denotou-se que a saúde sempre esteve presente em cada período histórico abordado e, que os grupos em situação de vulnerabilidade, possuem um histórico não favorável por conta das iniquidades que sempre os impediram de ter a famosa “igualdade material”. Contudo, no Brasil, somente a partir da década de 70 que começou a se ter uma visão panorâmica do sistema de saúde, posto que este deveria beneficiar a todos e não somente aos trabalhadores que contribuía com a previdência social. O resultado dessa luta foi a criação do Sistema Único de Saúde que garante o acesso universal, integral e igualitário a todos os cidadãos para que possam receber tratamento adequado de acordo com cada necessidade.

Apesar de todos os esforços empregados para que a saúde tenha amplo alcance, existem pessoas que se encontram em situações socioeconômicas e culturais desfavoráveis, demandando mais atenção por parte do Ente Público, que busca viabilizar Políticas Públicas de Saúde que tenham como escopo minimizar as desigualdades existentes dentro do cenário nacional. As pessoas que foram citadas, enquadram-se nos denominados grupos de vulneráveis, que é inclusive o tema discutido no decorrer do presente artigo. Ressalta-se, que embora haja uma grande diligência para que os vulneráveis tenham balizas normativas que promovam um maior assistencialismo, há uma certa “utopia”, tendo em conta que a realidade fática é bem destoante do que a lei

determina. Assim, verificar-se-á os primaciais pilares das Políticas Públicas aplicadas aos grupos vulneráveis.

2 UMA BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ CHEGAR NA SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde os primórdios, sobrelevou-se a importância do ser humano dentro do contexto social, seja politicamente, religiosamente, ambientalmente e economicamente. Aristóteles (2011), um dos maiores filósofos de todos os tempos, atribuía ao homem uma posição de destaque, especialmente no que tange a *Pólis* (cidade). Em consonância com Lima (2010, p. 9), somente quando o homem está inserido na *Pólis* é que poderá “cumprir sua função de vivente político, com a possibilidade de atingir uma vida melhor, que é viver bem”, e que este “viver bem” será alcançado “por aqueles que adquirirem o pleno direito de cidadão e, nesta condição, desenvolverem atividades (práticas ou teóricas) conforme a excelência da virtude, tendo em vista o bem propriamente humano” (LIMA, 2010, p. 9).

Compreende-se a partir desta época a importância da cidadania, que tem como pressuposto a existência de “uma comunidade política nacional, no qual os indivíduos são incluídos, compartilhando um sistema de crenças com relação aos poderes públicos, à própria sociedade e ao conjunto de direitos e deveres que se atribuem aos cidadãos” (FLEURY; OUVENEY, 2008, p. 2). Contudo, o direito de ser cidadão dentro do contexto aristotélico não era aplicável a todos, não se estendendo às mulheres, aos escravos e aos estrangeiros (BRITTO, 2012) que não poderiam participar das assembleias e das questões relativas à cidade, justificando-se pelo fato de que “a gestão pública não poderia ser atribuída a quem não tinha conhecimento e quem não poderia ser livre ou prover sua própria existência” (BRITO, 2012). De acordo com Brito (2012), “ser cidadão era mais do que uma questão de nascimento, era definido pela sua participação nos assuntos da esfera pública, seja no julgamento, seja no poder de comando”. É nesse diapasão, que na visão de Aristóteles, para ser cidadão eram necessários alguns requisitos, como por exemplo, que o governante também soubesse ser governado (BRITO, 2012).

Apesar da filosofia aristotélica ser a base para a primeira noção do que seria cidadania, Fleury e Ouverney (2008, p. 2) asseguram que esta deverá incluir todos os indivíduos sem distinção, e cada um deverá entender o conjunto de direitos e deveres que lhes são atribuídos, fazendo com que as culturas cívicas sejam recriadas de acordo com cada momento da história (FLEURY; OUVENEY, 2008, p. 2). Os referidos autores ainda ratificam que (2008, p. 2) “a cidadania é a dimensão pública dos indivíduos, vistos como autônomos, isolados e competitivos na dimensão privada, mas integrados e cooperativos na comunidade política.” Assim, “a cidadania pressupõe um modelo de integração e sociabilidade, que surge como resposta social às transformações socioeconômicas” (FLEURY; OUVENEY, 2008, p. 2), sendo considerada então como um *status* agraciado as pessoas que participam da comunidade política (FLEURY; OUVENEY, 2008, p. 2).

Em rápidas pinceladas, entre os séculos XVI e XVII, os contratualistas tiveram um papel fundamental no que diz respeito a figura do ente estatal que conhecemos até hoje. O primeiro modelo de Estado proposto foi o denominado Estado Liberal, em que a burguesia tinha como fito somente “conceder” um *status* jurídico de igualdade para os cidadãos (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 4), sendo uma igualdade meramente formal, isto é, perante a lei todos são iguais e possuem direitos e deveres, mas não material, pois não há a mesma oportunidade política, econômica e social para todos. À vista disto, Fleury e Ouverney (2008, p. 5) aduzem que como consequência dessa falta de isonomia material, a responsabilidade dos ricos para com os desprovidos “passou a ser rejeitada explicitamente e a ser vista pelos intelectuais formadores de opinião, como escritores, cientistas sociais e filósofos, como uma ‘mentira piedosa’.” (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 5).

Por conta da desigualdade e da expansão do capitalismo, as classes mais baixas, especialmente a trabalhadora, que encontravam-se em condição humilhante e exploratória, teve a situação agravada, levando em consideração que o Estado não estava comprometido com as necessidades dos cidadãos na dimensão social, ou seja, quanto à saúde, saneamento básico, condições justas de trabalho e educação (BRADBURY, 2006). Com isso, impulsionou-se a chamada Revolução Industrial, que suscitou na Revolução Russa de 1917 (BRADBURY, 2006), em que os trabalhadores não aceitaram que a burguesia obtivesse mais vantagem às custas destes, emergindo-se então uma “questão social que requeria uma resposta social e institucional, sob pena de rompimento das estruturas sociais” (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 6). Imprescindivelmente surgiu a necessidade de se ter algum tipo de proteção legal ou assistencial, cuja finalidade era regulamentar as condições de trabalho e minimizar os sofrimentos decorrentes da miséria (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 6). Em decorrência disso, implementou-se o *Welfare State*, mais conhecido como o Estado do Bem-Estar Social.

Paralelamente a realidade de outros países, o cenário brasileiro não estava muito diferente do internacional, posto que não havia uma grande preocupação acerca das normas coletivas, principalmente quanto à assistência à saúde que não era reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro até 1923 (CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 9). Por conta da crescente demanda da população despertada pelas doenças, “as pressões sociais exercidas por certos agrupamentos sociais levaram o governo a direcionar o olhar para a saúde” (RODRIGUEZ NETO, 2003 apud CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 9).

Em virtude dos fatos, no dia 24 de janeiro de 1923, emitiu-se o decreto-legislativo nº 4.682, conhecido como Lei Elói Chaves, que foi o marco inicial do Sistema de Saúde dentro do Sistema Previdenciário no Brasil (CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 9). Todavia, a assistência à saúde estava diretamente ligada ao setor da previdência social,

no qual somente os trabalhadores contribuintes tinham acesso a essa estrutura, já que não houve uma visão sistêmica do assunto, evidenciando que o direito à saúde foi projetado apartado das ações coletivas (CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 9). Em outras palavras, havia um modelo biopolítico, de acordo com os moldes descritos por Foucault, em que o Estado utilizava-se do sistema de saúde tendo como finalidade majorar a força produtiva, deixando de lado quem não contribuía formalmente com o mercado de trabalho (CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 11).

Não obstante, o período conhecido como a Era Vargas, de 1930 à 1945 e 1951 à 1954, teve como enfoque o processo de industrialização do Brasil, enfatizando a criação de leis trabalhistas para regulamentar o direito dos trabalhadores e dentro destes direitos, o direito à saúde (CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 10). É imprescindível destacar que as únicas constituições que realizaram mudanças significativas no âmbito da saúde foram a de 1934 e a de 1988 (CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 10). A Constituição de 1934 sofreu forte influência da Constituição da República Alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919, tendo em vista que a Constituição Alemã tinha um papel mais ativo no desenvolvimento social, buscando construir uma sociedade com justiça social por conta da efetivação dos direitos sociais (GUEDES, 1998, p. 82 apud CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 10). Instalou-se então os primeiros vestígios de direitos sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, sindicais e previdenciários nesta constituição, tornando-se modelo para alguns Estados após a Primeira Guerra Mundial (GUEDES, 1998, p. 82 apud CARLOS NETO, DENSASCK, OLIVEIRA, 2016, p. 10)

No dia 1º de Setembro de 1939 (ARAÚJO, 2019) despontou a Segunda Guerra Mundial, sendo um divisor de águas para as prerrogativas que temos hoje no diz respeito à saúde, direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade, levando em consideração que resultou na morte de 60 a 70 milhões de pessoas (DANIEL NEVES, 2020) ocasionado pelo uso imprudente da tecnologia e do conhecimento científico, que fez com que os seres humanos fossem manipulados por meio de testes clínicos – como por exemplo o caso dos Negros que contraíram Sífilis (SÁ; NAVES, 2018, p. 5-6) – que não tinham finalidade curativa, mas sim experimental para as doenças provenientes daquela época. Na Alemanha, buscou-se a denominada supremacia da raça ou “eugenia negativa”, que nas palavras de Antônio Baptista Gonçalves (2006), “a melhoria da raça só pode acontecer eliminando os indivíduos geneticamente ‘inferiores’ ou impedindo-os que se reproduzam” (GONÇALVES, 2006), além da “segregação, esterilização, eutanásia e extermínio em massa dos indesejáveis, legitimou-se o ódio fanático pelos grupos vulneráveis como judeus, ciganos, mulheres, crianças órfãs, prisioneiros” (NOGUEIRA et al., 2012, p. 1).

O fim da Segunda Guerra aconteceu oficialmente no dia 2 de setembro de 1945 (ARAÚJO, 2019), e no dia 24 outubro do mesmo ano entrou em vigor a Carta das Nações

Unidas, cujo preâmbulo reafirma a fé “nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres [...] e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.” (NAÇÕES UNIDAS, 1945). A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi promulgada em 1948, reconhecendo o direito à saúde, no artigo XXV, determinando “que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis” (PENSE SUS, 2020). Ademais, o direito à saúde é considerado inseparável do direito à vida, visando a igualdade entre as pessoas, conforme determina a Carta das Nações Unidas (PENSE SUS, 2020). Conquanto, há de se reforçar que a compreensão do que seria saúde transpassou várias nuances e evoluções, advindo “desde a concepção mágico religiosa, passando pela concepção simplista de ausência de doença, até chegar a mais abrangente concepção adotada pela Organização Mundial da Saúde” (CZERESNIA, 2003 apud CARLOS NETO; DENDASCK; OLIVEIRA, 2016, p. 2).

No que toca a definição do que seria saúde, a Organização Mundial da Saúde, em 1946, a delineou como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade” (CARLOS NETO; DENDASCK; OLIVEIRA, 2016, p. 1-2). Dessa forma, Fernando Aith e Nayara Scalco (2015, p. 46) concluem que ao longo do século XX, por conta das grandes guerras e da evolução teórica sobre o conceito de saúde “fizeram com que a humanidade percebesse de forma definitiva a vinculação indissociável entre o estado de saúde das pessoas e o ambiente social onde elas se inserem” (WINSLOW, 1923; ROSEN, 1958; HERZLICH, 1969 apud AITH; SCALCO, 2015, p. 46).

Mesmo com todos os acontecimentos e alguns outros que ocorreram após esse período, como por exemplo, a eminência da Guerra Fria e a Ditadura Militar, em 1970 o movimento da Reforma Sanitária foi crucial para que o direito à saúde se tornasse prioridade quanto direito social na promulgação da próxima Constituição brasileira. O mencionado movimento nasceu no contexto da luta contra a ditadura, e referia-se “ao conjunto de ideais que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde” (PENSE SUS, 2020), fazendo com que um grupo de médicos e outros profissionais que encontravam-se preocupados com a saúde pública desenvolvessem teses integrando questionamentos políticos sobre o direito à saúde no Brasil (PENSE SUS, 2020).

A 8ª Conferência Nacional de Saúde de 1986 foi um marco para o movimento, haja vista que as propostas da reforma resultaram na universalidade do direito à saúde e na criação do Sistema Único de Saúde. Em 1988, com a ascensão do Estado Democrático de Direito e com a promulgação da Constituição Cidadã (BRASIL, 1988) que passou a orientar o ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se imprescindível a institucionalização dos

direitos humanos e da saúde no Brasil (PEREIRA JÚNIOR, 2013). A dignidade humana transformou-se em premissa máxima dentro da constituição (BRASIL, 1988), podendo ser conferida logo no art. 1º, III. O direito à saúde encontra-se respaldado através dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), determinando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por meio da implementação de políticas públicas sociais e econômicas “que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Já o artigo 198 da Carta Magna (BRASIL, 1988) concebeu a Lei Orgânica da Saúde 8.080/90 (BRASIL, 1990), que define e descreve tanto as diretrizes como os princípios que sustentam o Sistema Único de Saúde.

De acordo com o art. 7º da Lei 8.080/90 (BRASIL, 1990), há três fundamentos indispensáveis, no quesito social, que norteiam esta lei, sendo o primeiro o da *universalidade* – todas as pessoas têm direito ao atendimento médico e à saúde –; o segundo o da *equidade* – tratar com especificidade e dar maior atenção as pessoas que mais precisam do SUS –, e o terceiro o da *integralidade* –promoção de campanhas educativas, visando reduzir a incidência de doenças na população – (PORFÍRIO, 2020).

É nessa perspectiva e em consonância com as diretrizes principiológicas, especialmente no que tange a equidade, que o presente artigo têm como designo observar a saúde aplicada aos grupos vulneráveis, que foram citados acima por conta das condições aviltantes que foram submetidos na Segunda Guerra Mundial, notabilizando-se que até os dias atuais os vulneráveis continuam precisando de atenção por parte do Estado, precipuamente no âmbito das Políticas Públicas, a fim de oferecer mais recursos a quem mais precisa e menos a quem requer menos cuidados, mas garantindo o acesso e a disponibilidade do sistema a todos (ROCHA, 2015).

3 OS CIDADÃOS QUE SE ENQUADRAM NOS DENOMINADOS GRUPOS VULNERÁVEIS

Observado os pontos traçados acima, Fernando Aith e Nayara Scalco (2015, p. 46) trazem uma visão que corrobora com o entendimento até agora firmado, de que a saúde somente poderá ser determinada considerando a realidade da sociedade e que os cidadãos devem participar “tanto da definição de seus contornos gerais quanto do controle de sua fixação em cada caso particular” (AITH; SCALCO, 2015, p. 46). Neste sentido, deve-se dizer que no Brasil, por conta da grande miscigenação, diversidade geográfica, econômica, social e cultural da população, há um impacto distinto no âmbito da saúde para cada região do país (AITH; SCALCO, 2015, p. 48). Por conta dos contrastes regionais, o Estado criou as Políticas Públicas de Saúde que podem ser compreendidas como um “conjunto de programas, ações e decisões tomadas pelos governos nacional, estadual ou municipal que afetam a todos os cidadãos, de todas as escolaridades, independente de sexo, cor, religião ou classe social” (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020), tendo como finalidade “assegurar um direito a determinado serviço, ação ou programa” (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020)

por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), seguindo os princípios do art. 7º da Lei 8.080/90 (BRASIL, 1990).

Indubitavelmente, o fator social é determinante para que as Políticas Públicas de Saúde acompanhem e cuidem de alguns grupos mais de perto, à título de exemplo, os grupos em situação de vulnerabilidade. Primeiramente torna-se crucial entender o conceito de vulnerabilidade, para que assim seja possível estabelecer quais pessoas enquadram-se nos denominados “grupos vulneráveis” e demandam de maior atenção e cuidado por parte do Executivo e Legislativo.

O termo vulnerabilidade é trabalhado por vários autores ao longo dos anos e está “relacionado a grupos sociais marginalizados, excluídos dos benefícios e direitos que deveriam ser comuns a todos os cidadãos” (AYRES, 1997, 2002; AYRES ET AL., 2003; MENDES & TAVARES, 2011; JANCZURA, 2012 apud AITH; SCALCO, 2015, p. 49) e, por conta dessa marginalização, atribui-se uma certa “fragilidade” para estes grupos, que é composto por cidadãos que situam-se em contextos socioeconômicos-culturais mais precários e complexos (AITH; SCALCO, 2015, p. 49).

Aith e Scalco (2015, p. 49) evidenciam que a condição de vulnerabilidade na área da saúde pode ser dividida em dois tipos, sendo que no primeiro tipo a vulnerabilidade é observada pelo viés da saúde, devendo ser considerada como a que afeta os cidadãos em alguma condição biológica ou do ciclo da vida, precisando de um cuidado especializado; já a segunda visão é oriunda das condições socioeconômico-culturais ocasionadas pela condição de vida de determinado grupo e/ou indivíduo, tornando-os mais desprotegidos socialmente, e subordinados a um tratamento diferenciado concedido pelo Sistema Único de Saúde. Um dos fatores mais discutidos nesta segunda modalidade é sobre as iniquidades que atingem os grupos em condição de vulnerabilidade socioeconômico-culturais, visto que a falta de igualdade de condições atinge vários “setores” da população brasileira, desde os analfabetos, os deficientes físicos, os indígenas, os pardos e pretos, as crianças, os presos, a comunidade LGBTQ’s, os imigrantes, até a população de rua (AITH; SCALCO, 2015, p. 49-50).

A vulnerabilidade é causada por conta das “iniquidades sociais diversas, como renda, cor, educação ou local de moradia” (AITH; SCALCO, 2015, p. 50), e por isso, foram instituídas políticas que visam à equidade na atenção à saúde de grupos em vulnerabilidade socioeconômicas e culturais, ficando sob os cuidados do Departamento de Apoio à Gestão Participativa da Secretaria de Gestão Estratégica e do Ministério da Saúde (AITH; SCALCO, 2015, p. 50). Salienta-se que o Ministério da Saúde busca caminhar em prol dos movimentos sociais, direcionando os programas governamentais para a “promoção da equidade, da educação popular em saúde, e na mobilização social em defesa do direito à

saúde.” (AITH; SCALCO, 2015, p. 51). Aith e Salco (2015, p. 51) relatam que para efetivar as políticas públicas de promoção de equidade, observa-se alguns aspectos, tais como:

As condições sociais, econômicas, geográficas, de gênero, raça e orientação sexual como determinantes sociais de saúde; orientar o trabalho de promoção de políticas públicas que ajudem a diminuir as diferenças históricas no acesso ao SUS por parte de diversos grupos vulneráveis, como as populações negra, LGBT, do campo, da floresta e das águas, cigana e em situação de rua. (AITH; SCALCO, 2015, p. 51).

Evidencia-se que o sistema institucional e político esforça-se para direcionar as Políticas Públicas de Saúde para que propiciem maior seguridade às pessoas em condição de vulnerabilidade. Destarte, posteriormente a apresentação dos grupos vulneráveis, é de grande valia trazer à baila as Políticas Públicas de Saúde que foram implementadas para estes grupos, tendo como intento “aniquilar” as desigualdades existentes.

4 AS PRINCIPAIS LEGISLAÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE ADOTADAS PARA ASSEGURAR OS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS

Em virtude das ponderações feitas nos itens anteriores, o propósito deste tópico é destacar algumas das primeiras e principais legislações (políticas públicas) que foram criadas para garantir que os grupos vulneráveis tivessem uma maior isonomia dentro do sistema de saúde. Assim, são considerados vulneráveis os idosos, as crianças, a comunidade LGBTQ+, as pessoas em situação de rua, a população negra, as pessoas com deficiência física, a população indígena (AITH; SCALCO, 2015, p. 50-51) e alguns outros que não serão citados neste item.

Primeiramente, a Lei nº 10.741 do ano de 2003 (BRASIL, 2003), dispôs sobre o Estatuto do Idoso, estabelecendo nos artigos 2º e 3º que este goza de todos os direitos fundamentais assegurados à pessoa humana, e possui todas as oportunidades e facilidades para “a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (BRASIL, 2003). Outrossim, é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar que o idoso tenha como uma das prioridades elencadas, o direito à saúde.

No que versa sobre a proteção das crianças por meio das Políticas Públicas de Saúde, enfatiza-se a Convenção da Declaração dos Direitos da Criança (BRASIL, 1990) que conta com uma lista de direitos que buscam o acesso à saúde e à vida digna das crianças, conforme estabelecem os artigos 19 e 34. Já o artigo 24 da Convenção (BRASIL, 1990) prevê expressamente o direito à saúde. No cenário nacional, observa-se que os artigos 4º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990) –,

determinam que o direito à vida e à saúde é um dever familiar, social e do poder público, para que as crianças e os adolescentes possam gozar “de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.” (BRASIL, 1990).

No mais, o Ministério da Saúde em 2013 reconheceu a comunidade LGBT como integrante dos grupos vulneráveis, sendo representados por meio da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (BRASIL, 2003), que implementou no Sistema Único de Saúde as orientações governamentais previstas no Programa Brasil Sem Homofobia.

O Decreto nº 7.053/2009 (BRASIL, 2009), foi o responsável pela instituição da Política Nacional da População em Situação de Rua, que objetiva que os cidadãos que vivem nas ruas tenham atenção e cuidado, sendo dever do Ministério Público monitorar e concretizar as Políticas Públicas de Saúde para que haja a promoção da dignidade humana e um atendimento de qualidade para este grupo.

Já a Portaria nº 992/09 (BRASIL, 2009) do Ministério da Saúde, editou a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, visando garantir o acesso aos tratamentos e ações de saúde do Sistema Único de Saúde. Destaca-se também Lei nº 12.288/2010 (BRASIL, 2010), que traz o Estatuto da Igualdade Racial, determinando no art. 6º, o direito à saúde da população negra mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.

Quanto às pessoas com deficiência, a Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015) traz as normas que regem o Estatuto da Pessoa com deficiência, reconhecendo o direito de acesso à saúde ao grau mais elevado possível, sem nenhuma discriminação. Ratifica-se, portanto, a integral atenção à saúde, independentemente da complexidade da deficiência, designando acesso ao Sistema Único de Saúde de forma total, incluindo a adequação necessária para atender as necessidades de cada deficiente.

Por último e não menos importante, há os povos indígenas integrando os grupos vulneráveis, dado que por conta das inúmeras transgressões no habitat natural acarretou-se uma fragilidade econômica e cultural. Por conta de tal fragilidade, as condições de acesso à saúde ficaram escassas ao longo dos anos, pois os índios costumavam utilizar de métodos curandeiros a partir do que a natureza e o meio ambiente lhes ofereciam para tratar as enfermidades. A Lei 8.080/1990 (BRASIL, 1990) atentou-se a este fato e foi editada a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002), tendo como uma das principais discussões a promoção da saúde da população indígena em todo o território nacional. Evidenciou-se a preocupação principalmente no artigo 19, da alínea A até a alínea H da referida Política Nacional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002).

4.1 As diretrizes implementadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em tempos de COVID-19 para os grupos vulneráveis

Empós as noções acerca das legislações e políticas direcionadas aos grupos vulneráveis, há de se fazer um breve adendo sobre a Resolução nº 1 promulgada no dia 10 de abril de 2020 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020), que levou em conta o cenário de emergência sanitário global sem precedentes ocasionado pelo vírus da COVID-19. Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan localizada na China, houve a transmissão de um novo vírus, denominado Coronavírus (SARS-CoV-2) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020), e o ano de 2020 que iniciou-se “aparentemente normal”, acometeu-se por este vírus e fez com que todos os países do mundo se “juntassem” para combater uma pandemia que se alastrou à nível global. Por conta disso, além de algumas medidas cautelares terem sido adotadas, atestou-se que algumas pessoas encontram-se no grupo de risco, como os “idosos de 60 anos ou mais, mulheres grávidas e puérperas e pessoas com doenças pré-existentes, como: asma, diabetes, hipertensão, doenças cardíacas e com histórico de AVC ou câncer.” (DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S/A, 2020). Adotou-se então Políticas Públicas de Saúde de urgência, que tem como finalidade combater o vírus, aspirando proteger principalmente aqueles que encontram-se em situação de perigo iminente, os denominados “grupo de vulneráveis da COVID-19” (DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S/A, 2020).

Perante a situação em que o mundo ainda encontra-se submerso, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (2020) publicou uma resolução cujo título é “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”. A referida resolução focaliza uma atenção prioritária aos grupos em situação especial de vulnerabilidade, e afirma que quando os Estados emitirem medidas de emergência e contenção por conta da COVID-19, deverá ser aplicado em cada região “perspectivas interseccionais e prestar especial atenção às necessidades e ao impacto diferenciado dessas medidas nos direitos humanos dos grupos historicamente excluídos ou em especial risco” (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020). A Convenção Interamericana de Direitos Humanos trouxe um rol taxativo dos que estão inclusos dentro desse grupo especial:

Tais como idosos e pessoas de qualquer idade que tenham doenças preexistentes, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, pessoas em situação de mobilidade humana, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI, afrodescendentes, pessoas com deficiência, trabalhadores e pessoas que vivem em pobreza e pobreza extrema, especialmente trabalhadores informais e pessoas em situação de rua, bem como defensores de direitos humanos, líderes sociais, profissionais da saúde e jornalistas. (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Ao ensejo da conclusão deste item, constatou-se que a chegada da pandemia causada pela COVID-19 afetou e muito os grupos vulneráveis, tanto que foi preciso que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos trouxesse uma abordagem legislativa específica para que não houvesse um desamparo por parte dos Estados para os que estão em condição de vulnerabilidade. Nessa perspectiva, o próximo ponto do presente artigo demonstrará por meio do Recurso Especial em Habeas Corpus nº 129702-MG (2020/0160964-8), de que forma o Poder Judiciário está lidando com os cidadãos em situação de vulnerabilidade afetados por conta desse vírus.

5 RECURSO ESPECIAL EM HABEAS CORPUS Nº 129702-MG (2020/0160964-8)

Como foi exposto acima, a chegada da COVID-19 afetou a todos, mas sobretudo aos vulneráveis que até ganharam uma classificação específica. É nesse prisma que este tópico tem como intento trazer à tona um julgado sobre o sistema prisional e quais foram as Políticas Públicas adotadas para os prisioneiros que encontram-se em situação de vulnerabilidade no período pandêmico. No dia 21/08/2020, o Supremo Tribunal de Justiça deliberou a respeito do Recurso de Habeas Corpus com pedido de liminar interposto pelo prisioneiro Bruno Henrique Alves de Lima, por meio da Defensoria Pública de Minas Gerais (BRASIL, RHC 129702 MG 2020/0160964-8, 2020), tendo como finalidade a substituição da pena privativa de liberdade do réu por prisão domiciliar, sendo tal mudança justificada por conta da pandemia causada pelo novo coronavírus, haja vista que o recorrente alegava estar no grupo de risco da COVID-19 por ser portador de Hepatite C, e que, como uma das medidas adotadas pelas Políticas Públicas de Saúde foi a do isolamento social para a contenção da disseminação da doença, o presídio estaria em “péssimas” condições sanitárias, não sendo um ambiente adequado por conta da superlotação. Averiguou-se que houve a negativa da concessão da mudança de regime porque o recorrente não encontra-se no grupo de risco de maior letalidade em caso de infecção que cause COVID-19, além de ter cometido falta grave quando estava em prisão domiciliar, pois infringiu o uso da tornozeleira eletrônica, ensejando a regressão ao regime prisional (BRASIL, RHC 129702 MG 2020/0160964-8, 2020).

Denota-se que apesar de todas as circunstâncias, as recomendações que foram feitas pela Organização Mundial da Saúde não devem ser adotadas de forma automática (BRASIL, RHC 129702 MG 2020/0160964-8, 2020), inclusive no sistema prisional, devendo cada caso ser analisado, sendo indispensável a comprovação de alguns requisitos para que seja feita a mudança do regime semiaberto para o domiciliar, tais como:

- a) inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID-19;

b) impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e

c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida (BRASIL, RHC 129702 MG 2020/0160964-8, 2020).

Implementou-se também medidas de Políticas Públicas de Saúde nas Penitenciárias, tendo como objetivo assegurar a saúde da população carcerária frente ao coronavírus:

A redução do número de visitantes permitidos ou suspensão total de visitas, adoção de procedimentos pelos profissionais de saúde para identificação de casos suspeitos entre os custodiados, bem como o monitoramento da saúde para a identificação de casos suspeitos entre os custodiados, bem como o monitoramento da saúde dos presos incluídos no grupo de risco. (BRASIL, RHC 129702 MG 2020/0160964-8, 2020)

O relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca justificou que o poder judiciário não pode ultrapassar às diretrizes das Políticas Públicas sanitárias colocadas pelo Executivo, "sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e de expansão desmedida da judicialização dos problemas relativos ao coronavírus." (BRASIL, RHC 129702 MG 2020/0160964-8, 2020). Ademais, a decisão encontra-se em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que diz que não se pode beneficiar o prisioneiro novamente com a prisão domiciliar, tendo em vista que em menos de um ano houve a reincidência de um crime, além de ainda não se ter notícia de que a população carcerária mineira tenha se contaminado pela COVID-19." (BRASIL, RHC 129702 MG 2020/0160964-8, 2020). Ante ao exposto, negou-se o provimento do recurso.

Levando em consideração tudo o que foi explanado até o momento, depreende-se que as Políticas Públicas são fundamentais para estabelecer as diretrizes a serem seguidas no campo da saúde. Contudo, mesmo sendo crucial para esse ramo e para as pessoas que são beneficiadas por essas políticas, faz-se necessário no próximo item tecer algumas críticas – positivas e negativas –, a fim de verificar se realmente o ordenamento jurídico se empenha tanto diariamente para que haja a concretização das normas estabelecidas.

6 CRÍTICAS POSITIVAS E NEGATIVAS PERTINENTES AOS FATOS QUE FORAM EXPOSTOS AO LONGO DO ARTIGO

Cumprir examinar que antes de se chegar neste passo, o presente artigo refinou desde a essência do que é ser cidadão, até conseguir alcançar o objeto de estudo que é

verificar algumas das Políticas Públicas de Saúde destinadas aos vulneráveis. Mister se faz ressaltar, que o Estado Democrático de Direito, procurou trazer todas as diretrizes legislativas favoráveis que estavam presentes no Estado Liberal e no Estado Social para a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), aspirando manter os benefícios já instituídos, mas sem deixar de vislumbrar as benesses que ainda iriam ser implementadas. Um dos grandes feitos da Carta Política (BRASIL, 1988) foi efetivar a saúde como um direito social e consubstanciar o Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990) no organograma, mesmo que em muitos casos, o Ministério Público e o Poder Judiciário tenham que ter participação ativa para assegurar que tais direitos sejam efetivados. O Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990), mesmo com algumas limitações, tornou-se vital para o Brasil, para os brasileiros e para todos os que necessitam de atendimento à saúde, porém, deve-se acentuar que há um sucateamento principalmente nas vias orçamentárias, que impossibilitam que o sistema de saúde possa ser mais eficiente para atender toda a população, especialmente a mais carente e as pessoas que encontram-se nos grupos vulneráveis.

No que concerne ao Ministério Público, acentua-se que o art. 1º da Lei Complementar Nº 40, de 14 de Dezembro de 1981 (BRASIL, 1981) determina o dever de prezar pela ordem jurídica e pelos interesses indisponíveis da sociedade – direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade –, não podendo deixar que as orientações da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais sejam violadas. Destaca-se, portanto, que o Ministério Público como instituto, deve certificar que os indivíduos não serão colocados em condições degradantes, sendo obrigados a abrir mão dos direitos que lhes pertencem, devendo atuar extrajudicialmente ou judicialmente para que toda população não tenha nenhum direito infringido. Todavia, os órgãos que atuam dentro do país estão sobrecarregados, com muitas atribuições e poucos servidores competentes para ter uma atuação qualitativa e não quantitativa. Em muitos casos, os Poderes que tem participação ativa, não possuem no quadro de servidores pessoas preparadas tecnicamente para decidir questões importantes relacionadas à saúde em geral, especialmente para os grupos vulneráveis que em muitas vezes carece de ter acesso ao sistema de saúde de forma mais célere.

Independente do grupo em que o cidadão se enquadre, o direito fundamental deve ser preservado, devendo o acesso à saúde ser cumprido sem nenhuma discriminação ou limitação. Mesmo com os avanços legislativos que aconteceram nos últimos anos, precisa-se ainda pensar em soluções modernas e de qualidade, para que o atendimento prestado pelo Sistema Único de Saúde atinja um grau de excelência para a população que sofre com uma escassa condição socioeconômica. Contudo, não basta apenas aumentar o orçamento para à saúde e esquecer de observar outras questões inerentes à efetivação da saúde, como qualidade de vida, educação, saneamento, dentre outros, visto que somente um conjunto harmônico reduzirá as iniquidades presente no contexto social e regional. Vale destacar

que o Poder Judiciário tem cada dia mais ações que buscam o acesso à saúde, mas pelo fato de o Estado não conseguir dar conta de tamanha demanda, acaba atribuindo ao Judiciário à função de concretizar os direitos sociais.

Em virtude do exposto, a próxima temática tratará das conclusões que poderão ser feitas diante de tudo o que foi trabalhado no decurso do artigo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em remate, torna-se factível concluir que o percurso para se chegar ao que todos denominam como “direito à saúde” foi arenoso e denso. Embora tal direito tenha *status* constitucional, compreende-se que as Políticas Públicas de Saúde aplicadas tem como intento complementar as balizas normativas já estabelecidas pelos artigos 6º, 196 e 198 da Carta Magna, e legislações infraconstitucionais – à título de exemplo a Lei 8080/90 – que versam expressamente sobre a universalidade, equidade e integralidade do acesso a saúde. Todavia, a normatização frente ao caso concreto torna-se “utópica”, na medida em que a realidade de cada indivíduo e de cada grupo regional é o fator determinante para estabelecer os parâmetros de precisão destes dentro do Sistema de Saúde. Por conta disso, é indispensável destacar os grupos vulneráveis dentro das Políticas Públicas de Saúde, com o propósito verificar como os Entes buscam exterminar as iniquidades existentes presentes dentro do Brasil.

REFERÊNCIAS

AITH, F.; SCALCO, N. Direito à saúde de pessoas em condição de vulnerabilidade em centros urbanos. **Revista USP**, [S. /], n. 107, p. 43-54, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i107p43-54. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/115112>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ARAÚJO, Mychelle. **Entenda como começou a segunda guerra mundial**. [S./] 2019. Disponível em: <https://www.megacurioso.com.br/educacao/112268-entenda-como-comecou-a-segunda-guerra-mundial.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

ARISTÓTELES. **La Política**. Roma. Ed. L'erma. 2011. V.1. 354 p. 71.

AYRES, José Ricardo C. M. Práticas Educativas e Prevenção de HIV/Aids: Lições Aprendidas e Desafios Atuais”, in **Interface** – Comunicação, Saúde, Educação, 6 (11), 2002, pp. 11-24.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais[...].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009**: Brasília, DF: Presidência da República. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm.
Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981**. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778 de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5. Turma). Recurso Especial em Habeas Corpus 129702-MG (2020/0160964-8). Trata-se de recurso em habeas corpus com pedido liminar interposto por BRUNO HENRIQUE ALVES DE LIMA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem em prévio mandamus, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 65): HABEAS CORPUS? CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME SEMIABERTO? SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PRISÃO DOMICILIAR? IMPOSSIBILIDADE? PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS? POLÍTICAS PÚBLICAS JÁ ADOTADAS PARA CONTENÇÃO DA DISSEMINAÇÃO DA DOENÇA CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 21 ago. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 21 ago. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/dj_inteiro. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. Sucintas abstrações sobre a cidadania, à luz de Aristóteles, Hobbes, Weber e Marshall. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3147, 12 fev. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21042/sucintas-abstracoes-sobre-a-cidadania-a-luz-de-aristoteles-hobbes-weber-e-marshall>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CARLOS NETO, Daniel; DENDASCK, Carla; OLIVEIRA, Euzébio de. A evolução histórica da Saúde Pública - **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**- Vol. 1. Ano. 1. março. 2016, pp: 52-67 ISSN:2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/wp-content/uploads/artigo-cientifico/pdf/evolucao-historica-da-saude-publica.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 1/2020**. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Costa Rica. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S/A. **Grupo de risco do coronavírus**: cuidados na convivência com eles. Barueri, 2020. Disponível em: <https://dasa.com.br/blog-coronavirus/grupos-de-risco-e-os-cuidados-a-tomar#:~:text=O%20grupo%20de%20maior%20risco,hist%C3%B3rico%20de%20AVC%20ou%20c%C3%A2ncer>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FLEURY, Sonia; OUVENEY, Assis M. Política de Saúde; Uma Política Social. In: GIOVANELLA, I; ESCOREL, S; LOBATO, L. V. C; NORONHA, J. C; CARVALHO, A. I. (ORG's). Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro - **R. J. Fiocruz**, 2008. p. 23 – 64.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Políticas Públicas e Modelos de Atenção e Gestão à Saúde**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/politicas-publicas-e-modelos-de-atencao-saude#:~:text=As%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%2C%20por%20defini%C3%A7%C3%A3o,cor%2C%20religi%C3%A3o%20ou%20classe%20social>. Acesso em: 30 nov. 2020.

GONÇALVES, Antônio Baptista. A eugenia de Hitler e o racismo da ciência. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, jul 2006, ano V, n.52.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9241>. Acesso em: 30 nov. 2020.

LIMA, João Silva. Pólis e Politeia em Aristóteles = estudo sobre a ética da cidadania na Política. 2010. 211 p. Tese (doutorado) - **Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP**. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280422>>. Acesso em: 30 nov. 2020

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direito à Saúde**. Pense Sus. Brasília, 2020. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Reforma Sanitária**. Pense Sus. Brasília, 2020. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria#:~:text=O%20movimento%20da%20Reforma%20Sanit%C3%A1ria,necess%C3%A1rias%20na%20%C3%A1rea%20da%20sa%C3%BAde>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n.70/GM/MS, de 20 de janeiro de 2004. Aprova as Diretrizes da Gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 22 de Ja. 2004, p. 54.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais**: Brasília, DF, 1ª edição, 2013a. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 992, de 13 de maio de 2009**. Institui a Política Nacional de Saúde Negra. Brasília, DF: Ministro de Estado da Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt0992_13_05_2009.html. Acesso em: 30 nov. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **A Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

NEVES, Daniel. **Segunda Guerra Mundial**. [S. /]. 2020. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/segunda-guerra-mundial.htm#:~:text=Resumo,1%C2%BA%20de%20setembro%20de%201939>. Acesso em: 30 nov. 2020.

NOGUEIRA, A.C. et al. Responsabilidade civil por danos decorrentes de pesquisas científicas com seres humanos. *Direito UNIFACS*, v. 11, n. 142, p. 2-16, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, **A Saúde como Direito Humano Fundamental**. [S. /]. Brasil Escola. 2013. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/medicina/a-saude-como-direito-humano-fundamental.htm#indice_14. Acesso em: 30 nov. 2020.

PORFÍRIO, Francisco. **Sistema Único de Saúde (SUS)**. [S. /]. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/mas-que-seria-sus-quais-suas-diretrizes-principios-gerais.htm>. Acesso em 30 de novembro de 2020.

ROCHA, Gabriela. **Você sabe o que é equidade?** Blog da Saúde: Ministério da Saúde. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/entenda-o-sus/50111-voce-sabe-o-que-e-equidade.html#:~:text=No%20Sistema%20%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde,a%20quem%20requer%20menos%20cuidados.&text=Entre%20os%20grupos%20que%20tem,popula%C3%A7%C3%A3o%20em%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua>. Acesso em: 30 nov. 2020.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; Edições Livres, 2019. 390 p.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4. Ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2018.

WINSLOW, Charles Edward Amory. **The Evolution and Significance of the Modern Public Health Campaign**. New Haven, Yale University Press, 1923.

ALGUMAS DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE A TEMÁTICA DA POLUIÇÃO SONORA E DA POLUIÇÃO VISUAL

JOÃO CARLOS PARCIANELLO:
Mestre em Desenvolvimento.
Especialista em Docência do Ensino Superior. Bacharel em Direito.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo expor normas que tratam de maneira mais direta ou que se relacionam com a poluição sonora e a poluição visual no Direito Ambiental brasileiro da atualidade. Observou-se grande variedade de normas em que são tratados estes assuntos, com cunho interdisciplinar. Ademais, são temas que estão sendo disciplinados há décadas no Brasil e de maneira esparsa.

Palavras-chave: Normas. Poluição Sonora. Poluição Visual. Direito Ambiental. Interdisciplinar.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Poluição sonora. 2 Poluição visual. Considerações finais. Referências.

Introdução

Neste artigo, de cunho bibliográfico e qualitativo, será explorado o tema da poluição sonora e da poluição visual no Direito Ambiental pátrio, de maneira sucinta, mas ao mesmo tempo complexa. O objetivo do presente texto é expor normas que tratam de maneira mais direta ou que ao menos se relacionam com a poluição sonora e a poluição visual. Parte-se da premissa de que estes temas não se encontram em um único instituto em sua totalidade.

Ademais, ações que conduzam à degradação ou poluição, por parte dos agentes, repercutem de forma mais incisiva no espaço e no tempo. Aqui, a sustentabilidade ambiental pode ser facilmente ameaçada. De acordo com Machado (2013), o princípio da reparação assevera indenização às vítimas de poluição e danos ambientais, em que na esfera ambiental, a responsabilidade é objetiva.

O artigo tem como hipótese que as referidas normas são de cunho interdisciplinar e dispostas em textos legais diversos.

1 Poluição sonora

Em relação à temática da poluição sonora, onde os níveis são prescritos pelo poder público, destaca-se inicialmente a distinção presente na obra de Fiorillo (2004) entre som

e ruído. O autor explica que som corresponde a qualquer variação de pressão, no ar ou na água, por exemplo. Já ruído é compreendido como o conjunto de sons indesejados, desagradáveis ou perturbadores. Ainda explana que o agente perturbador pode ser variável, pois envolve o fator psicológico de tolerância de cada indivíduo.

Em pesquisa denominada “Ambiente urbano e percepção da poluição sonora”, Lacerda et al (2005, p.11 e 12), ao avaliarem a percepção da população de uma grande cidade quanto à poluição sonora em relação ao ruído urbano, por meio de questionário, em que participaram 892 pessoas, finalizaram:

Concluí-se, com os dados aqui apresentados e corroborados por outros pesquisadores tanto em nível nacional como internacional, que a poluição sonora ambiental influencia a qualidade de vida de uma população urbana, gerando reações psicossociais efetivas como: 1) irritabilidade e 2) insônia. Estas reações podem estar na base de doenças graves como disfunções cardiovasculares, como apontado por Babish et al. (1986), podendo interferir na saúde e no bem estar dos indivíduos em particular e de uma população urbana como um todo, gerando um problema de saúde pública, como apontado pela World Health Organization (2000). Portanto, a poluição sonora não deve ser vista como algo não agressivo. O ruído é um poluente invisível que, contínua e lentamente, vai agredindo os indivíduos, causando-lhes danos tanto auditivos como em todo o organismo.

Fiorillo (2004) ainda lembra o aspecto histórico de que no ano de 1840, em São Paulo, os carros de bois cujos eixos rangessem eram multados. Já em 1912, um ato deste município proibia o estalo de chicotes daqueles que conduziam carruagens. Ainda nos anos 1990 o ruído na zona central de São Paulo aumentou em cinco decibéis, de 85 para 90, enquanto na época a OMS fixava a tolerância em 70.

Destaca-se que Fiorillo (2004) explica a natureza jurídica do ruído como agente poluidor, ressaltando que embora difira de outros poluentes como os do solo, por exemplo, quanto à nocividade e objeto da contaminação. Expõe o ruído como um dos principais problemas ambientais dos centros urbanos e que a poluição sonora e estresse auditivo são grandes causas de doenças do trabalho. E ainda, que ruídos podem causar estresse, distúrbios físicos, mentais e psicológicos, insônia, problemas auditivos, aumento da pressão arterial, entre outros.

Na Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/41), encontra-se a seguinte previsão:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Já segundo o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997), podemos observar:

Art. 98. Nenhum proprietário ou responsável poderá, sem prévia autorização da autoridade competente, fazer ou ordenar que sejam feitas no veículo modificações de suas características de fábrica.

Parágrafo único. Os veículos e motores novos ou usados que sofrerem alterações ou conversões são obrigados a atender aos mesmos limites e exigências de emissão de poluentes e ruído previstos pelos órgãos ambientais competentes e pelo CONTRAN, cabendo à entidade executora das modificações e ao proprietário do veículo a responsabilidade pelo cumprimento das exigências.

E também: "*Art. 105. São equipamentos obrigatórios dos veículos, entre outros a serem estabelecidos pelo CONTRAN: (...) V - dispositivo destinado ao controle de emissão de gases poluentes e de ruído, segundo normas estabelecidas pelo CONTRAN*".

O Código de Trânsito Brasileiro ainda prevê infrações relacionadas à temática da poluição sonora:

Art. 229. Usar indevidamente no veículo aparelho de alarme ou que produza sons e ruído que perturbem o sossego público, em desacordo com normas fixadas pelo CONTRAN:

Infração - média;

Penalidade - multa e apreensão do veículo;

Medida administrativa - remoção do veículo.

Art. 230. Conduzir o veículo: (...)

XVIII - em mau estado de conservação, comprometendo a segurança, ou reprovado na avaliação de inspeção de segurança e de emissão de poluentes e ruído, prevista no art. 104;

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização.

Nota-se que diversos dispositivos legais se relacionam à temática da poluição sonora, pois foram citadas regulamentações variadas, disposições de infrações de trânsito e contravenção penal.

2 Poluição visual

De acordo com Fiorillo (2004), a questão da poluição visual faz parte também da temática do meio ambiente artificial, ou seja, relaciona-se aos espaços habitados pelo homem, tanto urbanos e rurais. Aponta ainda, que a poluição visual ofende a integridade psíquica dos indivíduos, ao violar a garantia da qualidade de vida. Pode se referir à publicidade, pichação, entre outros.

Importante destacar a Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, ao prever, ainda no início da década de 1980, a poluição também como forma de degradação da qualidade estética do meio ambiente:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...)

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

A poluição visual também se relaciona com as disposições do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/2002, como se verifica nos seguintes artigos:

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

Art. 1.280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.

Além destas disposições legais de cunho cível, encontra-se na doutrina comentários sobre a estética urbana. Nesse sentido, segundo José Afonso da Silva, apud Fiorillo (2004, p. 154): *“a boa aparência das cidades surte efeito psicológicos importantes sobre a população, equilibrando, pela visão agradável e sugestiva de conjuntos e elementos harmoniosos, a carga neurótica que a vida cotidiana despeja sobre as pessoas que nela hão de viver, conviver e sobreviver”*.

Fiorillo (2004) ainda dispõe sobre o conceito de fachada, sendo esta qualquer das faces externas de uma edificação, tanto principal, aquela voltada para o logradouro público, como complementar, por exemplo: chaminés, caixas d'água e torres. Entende importante o compromisso com a paisagem urbana para sadia qualidade de vida, em sintonia com a Política de Desenvolvimento Urbano.

Quanto à Política de Desenvolvimento Urbano, a Constituição Federal de 1988 disciplina:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Já o Decreto-Lei 25/1937, trata do instituto do tombamento, onde destaca a respeitabilidade ao prédio tombado:

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Não se deve olvidar das prescrições da Lei 9.504/97, que estabelece normas para as eleições. Nesta lei existem várias disposições que se relacionam com a qualidade visual das vias:

Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados.

§ 1º A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no caput deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

§ 2º Não é permitida a veiculação de material de propaganda eleitoral em bens públicos ou particulares, exceto de:

I - bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos;

II - adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado).

§ 3º Nas dependências do Poder Legislativo, a veiculação de propaganda eleitoral fica a critério da Mesa Diretora.

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.

§ 5º Nas árvores e nos jardins localizados em áreas públicas, bem como em muros, cercas e tapumes divisórios, não é permitida a colocação de propaganda eleitoral de qualquer natureza, mesmo que não lhes cause dano.

§ 6º É permitida a colocação de mesas para distribuição de material de campanha e a utilização de bandeiras ao longo das vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos.

§ 7º A mobilidade referida no § 6º estará caracterizada com a colocação e a retirada dos meios de propaganda entre as seis horas e as vinte e duas horas.

§ 8º A veiculação de propaganda eleitoral em bens particulares deve ser espontânea e gratuita, sendo vedado qualquer tipo de pagamento em troca de espaço para esta finalidade.

Na Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, há uma seção para tratar dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, onde se podem citar os seguintes crimes previstos, a título de exemplo:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

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

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

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

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97, também abrange este assunto, prescrevendo proibições do tipo: *“Art. 81. Nas vias públicas e nos imóveis é proibido colocar luzes, publicidade, inscrições, vegetação e mobiliário que possam gerar confusão, interferir na visibilidade da sinalização e comprometer a segurança do trânsito”,* ou ainda: *“Art. 82. É proibido afixar sobre a sinalização de trânsito e respectivos suportes, ou junto a ambos, qualquer tipo de publicidade, inscrições, legendas e símbolos que não se relacionem com a mensagem da sinalização”.*

Sem esgotar o tema, citam-se outras disposições do Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97: *“Art. 83. A afixação de publicidade ou de quaisquer legendas ou símbolos ao longo das vias condiciona-se à prévia aprovação do órgão ou entidade com circunscrição sobre a via”* e *“Art. 84. O órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via poderá retirar ou determinar a imediata retirada de qualquer elemento que prejudique a visibilidade da sinalização viária e a segurança do trânsito, com ônus para quem o tenha colocado”.*

Considerações finais:

O presente artigo não teve por escopo esgotar os assuntos discutidos e sim apresentar sucintamente algumas normas que tratam diretamente ou que se relacionam com a temática da poluição sonora e da poluição visual.

Nota-se, preliminarmente, que são várias normas que abrangem o tema. Somente neste artigo, de maneira célere, foram citados: Constituição Federal de 1988, Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), Lei 9.504/97 (que estabelece normas para as eleições), Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), Lei 6.938/81 (que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente), Lei das Contravenções

Penais (Decreto-Lei 3.688/41) e Decreto-Lei 25/1937 (que trata do instituto do tombamento).

Assim, infere-se que a temática da poluição sonora e da poluição visual, além de interdisciplinar, haja vista a variedade de normas diferentes em que são tratadas, constituem temas que são sendo disciplinados há décadas no Brasil e de maneira esparsa, como se observa também no ano de edição das referidas normas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 Abr 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <[BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 1941, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3688-3-outubro-1941-413573-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27 Abr 2021.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm#:~:text=Organiza%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20patrim%C3%B4nio%20hist%C3%B3rico%20e%20art%C3%ADstico%20nacional.&text=Art.,-1%C2%BA%20Constitue%20o&text=2%C2%BA%20A%20presente%20lei%20se,e%20de%20direito%20p%C3%BAblico%20interno.>. Acesso em 27 Abr 2021.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm>. Acesso em: 27 Abr 2021.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm>. Acesso em 27 Abr 2021.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 27 Abr 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei dos Crimes Ambientais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 27 Abr 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 27 Abr 2021.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LACERDA, Adriana Bender Moreira de et al. Ambiente urbano e percepção da poluição sonora. **Ambiente & Sociedade**, v. 8, n. 2, p. 85-98, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2005000200005&script=sci_arttext>. Acesso em 27 Abr 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ORIGEM E ETIMOLOGIA DA PALAVRA “DIREITO”: O “IUS DERECTUM” COMO A ATIVIDADE DE “DIZER O DIREITO”

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO: MBA Executivo em Gestão Estratégica de Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes; Especialista em Direito Penal pela Damásio Educacional e Ibmec; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Prominas; Especialista em Ciência Política pela UNIBF. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora de Direito Constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF, Advogada.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA¹⁶⁶

(coautor)

Resumo: O presente trabalho científico tem o objetivo de investigar a origem e etimologia da palavra “Direito”, traçando-se os fatores mitológicos, históricos e geográficos, culturais e sociais que levaram esta palavra a se firmar como a principal do vocabulário jurídico. Ao final, busca-se uma aproximação entre os conceitos de Direito e Justiça. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo, pois que se utiliza de um processo de análise de informação coletada de fontes bibliográficas para se obter uma conclusão. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Linguística.

Palavras-Chave: Etimologia. Origem histórica. Direito.

Abstract: The present scientific work aims to investigate the origin and etymology of the word "Law", tracing the mythological, historical and geographical, cultural and social factors that led this word to establish itself as the main one of the legal vocabulary. At the end, the article seeks an approximation between the concepts of Law and Justice. It is a descriptive research, whose method used is the deductive one, since it uses a process of analysis of information collected from bibliographic sources to reach a conclusion. The

¹⁶⁶Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional e Ibmec. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado.

work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of Philosophy of Law, Sociology of Law and Linguistics.

Keywords: Ethymology. Historical origin. Right.

1. INTRODUÇÃO

Até 1966, não existiam trabalhos, nem de juristas, nem de linguístas, que discutissem o aparecimento da palavra "Direito" ("*derectum*"), nem porque ela passou a ser usada em detrimento de sua correspondente "*ius*". A partir dessa data, contudo, por causa do constante uso da palavra "Direito", surgem diversas indagações: como e por que surgiu a palavra "*derectum*" se a palavra "*ius*" tinha o mesmo significado e o mesmo uso? Quando "*derectum*" passa a ser utilizada ao lado de "*ius*"? Porque "*ius*" não passa a ser utilizada como palavra principal?

Para responder a essas perguntas, é preciso entender a história da linguagem e da simbologia dessas palavras, que tem como origem a cultura grega e a cultura romana. Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é investigar a origem da palavra "Direito", retomando os estudos linguísticos e etimológicos de jurisconsultos pátrios e estrangeiros.

2. ALUSÃO HISTÓRICO-LINGUÍSTICA

2.1 Origem da Palavra "*Youes*" e da Palavra "*Jus*" ("*Ius*")

Uma teoria bastante aceita diz que a primeira palavra romana que tinha o significado de Direito era "*Youes*" (séc. VI a.C.), denotando um comando, a imposição de "*Iovis*" ("*Iupiter*") – esse ordenamento por parte de "*Iovis*" se dá porque as relações (sendo uma comunidade primitiva) eram de poder. "*Youes*" é usado no início do sistema jurídico romano até a República (509 a.C.).

As opiniões de diversos juristas e linguístas são divergentes. Uma das explicações para a origem da palavra "*jus*" (indoeuropeia) é que ela provém do termo Sânscrito "*yeus*" (*yu?*), já que várias expressões latinas vêm da Ásia. A palavra "*ius*" (do Latim popular), por sua vez, remete à palavra "*jus*" (Latim Clássico).

A transição do termo "*jus*" para o termo "*ius*" deve-se à expansão Romana por toda a Europa (séc. III a.C.), que precisando colonizar as áreas conquistadas, mandou camponeses, soldados e artesãos se instalarem nesses locais, segundo leciona Bechara (2010, p. 687). Essas classes sociais usavam de expressões vulgares, colóquios e gírias e

dessa forma modificaram o termo para que se adequasse a sua realidade linguística. A expansão Romana levou o Latim a quase todas as partes da Europa, e os locais que não o adotaram foram, pelo menos, influenciados por ele.

"*Ius*" é a segunda palavra latina a denotar Direito, sendo muito utilizada pela Lei das XII Tábuas. "*Ius*" não é procedente da palavra "*Iustitia*" (deusa romana da justiça), "*Iustitia*" é quem produz o "*ius*"; é ela quem produz o Direito.

É interessante observar que "*youes*" não é a origem da palavra "*ius*" (porém, as duas têm, provavelmente, a mesma origem na palavra "*YEUS*"); "*youes*" é o ordenamento de "*Iovis*", enquanto que "*ius*" é o ordenamento de "*Iustitia*". Até o séc. III a.C. o símbolo da justiça era representado, além da balança com o fiel no meio, ou por "*Iupiter*" ou por "*Iustitia*". Com o tempo, o símbolo do Direito passa a ser somente "*Iustitia*".

2.2 Origem da Palavra "*Derectum*" ("*Directum*")

A palavra "*derectum*", de diferente maneira, não deriva de "*jus*", mas é um sinônimo, uma palavra usada para traduzi-la. Uma das hipóteses sobre sua origem diz que "*derectum*" vem de "*rek-to*", outra palavra indoeuropeia (FERRAZ JR., 2011, p. 10). Ainda há, no entanto, outras teorias sobre a origem do termo "*derectum*": umas afirmam ser de origem grega, outras afirmam ser latina, há outras ainda que digam ser céltica. Para alguns, "*derectum*" tem procedência judaico-cristã, ou somente cristã, significando um direito carregado de piedade, caridade e moralidade.

"*Derectum*" vem de "*de*" + "*rectum*" ("*de*" indicando um movimento vertical perfeitamente reto e, em outros casos, indicando intensidade). "*Rectum*" exprime uma ideia de algo que não está torto, que não está oblíquo, que não admite enviesamento em relação a um plano. Foi provavelmente a forma primitiva de "*derectum*", recebendo o "*de*" através da vulgarização/corrupção do termo - essa teoria é corroborada por várias passagens do Velho Testamento, além disso, ela provém de "*rek-to*", reforçando esse argumento (de "*rek-to*", ou talvez de "*rectum*", surgiu diretamente, sem o acréscimo do "*de*", "*right*", "*recht*", "*reht*"). Dessa forma, "*derectum*" significa algo totalmente/perfeitamente reto, que não admite inclinação, nem para a direita, nem para a esquerda.

"*Derectum*" era a palavra que expressava ideia de Direito mais popular e mais acessível a todos. Era fácil de entender devido à ideia que representava, enquanto que as outras palavras precisavam ser refletidas/pesquisadas/teorizadas para que seus significados fossem abstraídos. Sendo assim, não era encontrada em textos jurídicos, apenas em textos de caráter popular, como textos religiosos e literários.

Com a rápida expansão Romana pela Europa, o Latim vulgar se difunde com grande facilidade fazendo surgir na Europa vários dialetos que, com o tempo, se transformaram em novas línguas. Daí aparece o Português, o Castellano, o Francês, o Italiano etc. Com o desenvolvimento desses novos idiomas, a palavra "*derectum*" foi se modificando.

Falava-se "*dereito*" no antigo português, modificando-se devido à pronúncia do "e" como "i"; hoje, se escreve "direito" (o moderno galego também admite essa escrita). Em galego, aragonês, navarro e mirandês escreve-se "*derept*" ("*dreit*" no antigo aragonês e também em limusino, e "*dreito*" em português e galego vulgares). Em francês, "*droit*". "*Diritto*", em italiano; contudo, devido a vários dialetos na Itália, também se escreve "*dritto*". "*Derecho*", em castellano; em espanhol antigo supre-se o primeiro "e", ficando assim, "*drecho*".

O termo "*derectum*" possui ligação com a religião cristã, isso se deve ao fato de que com o estoicismo, o termo foi cunhado com algum valor moral. O cristianismo acrescenta, mais tarde, um maior valor moral a "*derectum*". "*Ius*" foi preterido em detrimento a "*derectum*" porque este era um termo jurídico mais popular do que aquele. A cristianização era voltada para o grande público, o povo, então os termos usados pelos cristãos deveriam ser de conhecimento de todos. Com a luta entre o cristianismo contra o paganismo, e a vitória daquele, a palavra "*derectum*" se sobrepõe a palavra "*ius*", sendo esta praticamente esquecida. Com o renascimento, "*ius*" volta a ser utilizado. Mas, como "*derectum*" já era a palavra legitimada, ela continua vigente.

"*Directum*" não deriva de "*derectum*", mas de "*dirigere*". Significa "ir direto", "ir pelo caminho mais curto", ou ainda como querem alguns: "alinhar", "tornar reto". Houve um tempo em que "*derectum*" e "*directum*" eram usadas ao mesmo tempo, indistintamente, chegando-se até a confundir o significado das duas palavras.

Batista e Costa (2006, p. 36) corroboram com essa explicação para o aparecimento da palavra "direito":

Os lexicógrafos, em geral, têm afirmado que ela [a palavra direito] se origina da palavra latina *directus*, do verbo *dirigere* e significa endireitar, alinhar, dirigir, ordenar. Podemos dizer, então, que o direito é algo que está conforme ou em sintonia com a regra, no caso, com a lei. [...].

Por sua vez, Cretella Jr. (2009, p. 17) traz importante destaque sobre a origem da palavra “direito” na sua obra “Curso de Direito Romano”:

Não conheciam os antigos romanos a palavra *direito*. O vocábulo cognato e etimológico deste – *directus* – era um adjetivo que significava: *aquilo que é conforme a linha reta*. Cícero, no *De natura deorum*, opõe o *iter flexuosum* ao *iter directum*, ou seja, o caminho *sinuoso* ao caminho *reto*.

O vocábulo que traduz o nosso atual *direito* é, em latim, o vocábulo *jus*. O vocábulo *jus* pertence à mesma raiz do verbo *jubere*, ordenar, ou prender-se à mesma raiz do verbo *jurare*, jurar. *Jus* é o *ordenado*, o *sagrado*, o *consagrado*.

Justo é o que está em harmonia com o *Jus*. E *Justitia* é a *vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu*.

Direito é a arte do *meu* e do *teu*. O contrário de *justus* é *injustus*, tudo o que *non jure fit* é *injúria*.

Jus ou *direito* é o complexo das normas obrigatórias de conduta impostas pelo Estado para assegurar a convivência dos agrupamentos humanos.

Deve-se ressaltar que o doutrinador Gusmão (1984, p. 71), ao tratar da origem da palavra “direito”, diz que ela, em sua origem, é plurissignificante:

A palavra “direito” vem do latim *directum*, que supõe a ideia de regra, direção, sem desvio. No Ocidente, apesar de em alemão ser *recht*, em italiano *diritto*, em francês *droit*, em espanhol *derecho*, tem o mesmo sentido. Os romanos não a empregavam, pois, para eles, *jus* era direito, diverso de *justitia*, que significava a *justiça*, ou seja, qualidade do direito.

De modo muito amplo, pode-se dizer que a palavra “direito” é usada em três sentidos: 1.º, regra de conduta obrigatória (direito objetivo); 2.º, sistema de conhecimentos jurídicos (ciência do direito); 3.º, faculdade ou poderes que tem ou pode ter uma pessoa, ou seja, o que pode uma pessoa exigir de outra (direito subjetivo).

Não há dúvida de que "*Ius*" e "*derectum*" exprimem o mesmo sentido, a mesma palavra: "Direito". Essa convergência se dá por meio de um símbolo: a deusa "*Iustitia*" proclama o "*ius*"; proclama o justo; e o Direito, neste caso, acontece quando os pratos da balança estão nivelados, ou seja, quando o fiel da balança está no meio, quando ele está reto ("*recto*"). Então, quando existe "*deretum*" existe também o "*ius*"; e vice-versa.

3. ALUSÃO SIMBÓLICA

Os símbolos foram criados para representar ações, objetos, pensamentos. São, por isso, anteriores às palavras já que estas são formadas por letras, e as letras são símbolos em si mesmos. Os símbolos não são simples imagens, são expressões que dentro de uma determinada cultura substituem ou sugerem uma ideia por convenção ou princípio de analogia formal, podendo referenciar uma pessoa ou personagem que representa um comportamento ou uma qualidade (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2009, p. 1745). A religião e os mitos o usam para criar parábolas, levando cada pessoa a ter de interpretá-lo para abstrair um significado verdadeiro. A partir dessa abstração, o símbolo torna-se vivo, tomando um aspecto transcendente que fundamenta, origina e classifica a realidade, preexistindo em relação aos seres materiais.

O direito relaciona-se a vários símbolos, um deles é a balança com o fiel (haste de metal que indicava o equilíbrio dos pratos) centralizado - em posição vertical -, quando este existia. Fala-se que a balança representa o homem, os seus braços e mãos seriam os pratos e a cabeça seria o fiel, pendendo para os lados de acordo com o peso.

O homem seria, dessa forma, uma balança que pesaria o material em oposição ao imaterial, metaforicamente falando. É dessa metáfora que surge o ato de ponderar, pesar, deliberar para confrontar os prós e os contras. Provavelmente de origem egípcia, passou para os gregos e depois para os romanos. Seu uso alegórico remete ao antigo Egito, onde Osíris utilizava a balança para pesar o coração (alma/bondade) dos homens em oposição a uma pena. Os gregos começam a utilizá-la a partir do séc. XII a.C. para pesar, além das coisas materiais, as atitudes humanas, simbolicamente falando. No séc. I a.C., mais ou menos, os romanos passam a adotá-la para pesar as ações humanas, tal como os gregos.

No começo da mitologia grega, Zeus era considerado o símbolo de justiça absoluta. Idealizavam-no segurando uma balança (sem o fiel no meio). Com o passar do tempo, a imagem de Zeus é substituída pela de Têmis, deusa grega, filha da Terra (Gaia) e do Céu (Urano), que pertencia à classe dos Titãs. Passou a ser reconhecida pelos outros deuses do

Olimpo, primeiramente como sendo uma divindade secundária submetida à vontade de Zeus, com este lhe dizendo o que era justo ou injusto. Têmis representava a lei, a estabilidade e a continuidade da ação. Tinha um olhar sério e uma postura altiva, um rosto com fisionomia triste e austera. Carregava consigo uma balança e uma espada e pretendia manter-se virgem, mas Zeus, sabendo disso, forçou-a a casar-se com ele (Têmis torna-se a segunda esposa de Zeus). Desse relacionamento nascem três jovens: a Equidade, a Lei e a Paz.

A partir de certo momento, sua força passa a ser tanta que Zeus se submete a ela e a toma como conselheira. Fica sob sua responsabilidade manter a ordem, regulamentar os cerimoniais e organizar a Assembleia dos Deuses. Seus conselhos tinham sempre como princípio a justiça e a prudência, o que fez com que ela tivesse grande prestígio.

Punindo os culpados e protegendo os justos, ela representa a justiça divina, algo entre a Terra e o Céu. Têmis utilizava sua habilidade de interpretação como instrumento de justiça, podendo-se associar a hermenêutica a essa capacidade. Diz-se que Têmis ainda teve outras três filhas com Zeus: Irene (a Paz), Eunomia (a Ordem) e Diké (a Justiça).

No tempo de Hesíodo, entretanto, popularizou-se entre os gregos a imagem de Diké com a balança na mão esquerda, mas sem o fiel ao meio, e a espada na direita – para a execução da justiça. Diké estava com os olhos abertos, pois, como Deusa administradora da Justiça, ela precisava especular, enxergar os fatos como verdadeiramente eram. Quando os pratos da balança estavam nivelados, é que ela dizia que algo era justo; isso porque, para os gregos, o justo, o legítimo, o verdadeiro era visto como igual (*ísos*). Para os gregos, a ideia de justiça estava relacionada à ideia de igualdade.

Os romanos, analogamente, representavam Júpiter (ou *Iupiter/Iovis*) como o defensor máximo da justiça. Os romanos, como é sabido, incorporaram parte da cultura grega a sua cultura, fazendo as devidas adaptações ao seu modo de vida; dessa forma, Júpiter apresenta equivalência a Zeus. Júpiter, diferentemente, segurava uma balança com o fiel no meio (o Direito, para os romanos, não estava ligada a ideia de igualdade, mas a uma ideia de equilíbrio entre interesses opostos; os romanos eram técnicos em relação a isso, eles mediam, pesavam, examinavam as causas).

Com a evolução dos mitos e da sociedade, o representante da justiça modificou-se, passando a ser Dione (correspondente à Têmis, na mitologia grega). Depois, com o surgimento da República, a deusa da justiça passa a ser *Iustitia*, filha de Júpiter e Dione.

Com os olhos vendados, significado da imparcialidade, – visão muito criticada, já que um juiz, para assegurar a justiça, deve ser parcial, aplicando a equidade entre as partes, não podendo abrir mão do equilíbrio – passa a gerir a justiça com o uso da balança (segurada com as duas mãos, pois era preciso uma atitude firme do jurista para saber quando havia o direito). Os pratos da balança deveriam estar equilibrados, com o fiel no meio para que o direito estivesse sendo declarado. *Rectum* significa reto; *de + rectum* significa pelo caminho reto, pelo caminho correto.

O doutrinador Ferraz Jr. (2011, p. 10 – 11), ao tratar sobre a origem da palavra direito, explana que a diferenciação entre as imagens e simbologias formuladas pelos romanos distinguia-se das imagens e simbologias gregas devido ao uso operacional e prático que cada povo conferia à ideia de justiça e de direito:

[...] ao direito vincula-se uma série de símbolos, alguns mais eloquentes, outros menos, e que antecederam a própria palavra. De qualquer modo, o direito sempre teve um grande símbolo. Bastante simples, que se materializava, desde há muito, em uma balança com dois pratos colocados no mesmo nível, com o fiel no meio – quando este existia – em posição perfeitamente vertical. Havia, ainda, outra materialização simbólica, que varia de povo para povo e de época para época. Assim, os gregos colocavam essa balança, com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa Diké, filha de Zeus e Themis, em cuja mão direita estava uma espada e que, estando em pé e tendo os olhos bem abertos, dizia (declarava solenemente) existir o justo quando os pratos estavam em equilíbrio (*íson*, donde a palavra *isonomia*). Daí, para a língua vulgar dos gregos, o justo (o direito) significar o que era visto como igual (igualdade).

Já o símbolo romano, entre as várias representações, correspondia, em geral, à deusa *Iustitia*, a qual distribuía a justiça por meio da balança (com os dois pratos e o fiel bem no meio) que ela segurava com as duas mãos. Ela ficava de pé e tinha os olhos vendados e *dizia* (declarava) o direito (*jus*) quando o fiel estava completamente vertical; direito (*rectum*) = perfeitamente reto, reto de cima a baixo (*de + rectum*).

(...)

Notamos, ademais, que a deusa grega tinha os olhos abertos. Ora, os dois sentidos mais intelectuais para os antigos eram a visão e a audição. Aquela para indicar ou simbolizar a especulação, o saber puro, a *sapientia*; esta para mostrar o valorativo, as coisas práticas, o saber agir, a prudência, o apelo à ordem etc. Portanto, a deusa grega, estando de olhos abertos, aponta para uma concepção mais abstrata, especulativa e generalizadora que precedia, em importância, o saber prático. Já os romanos, com a *Iustitia* de olhos vendados, mostram que sua concepção do direito era antes referida a um saber-agir, uma *prudencia*, um equilíbrio entre a abstração e o concreto. Aliás, coincidentemente, os juristas romanos de modo preponderante não elaboram teorias abstratas sobre o justo em geral (como os gregos) mas construções operacionais, dando extrema importância à oralidade, à palavra falada, donde a proveniência de *lex* do verbo *legere* (ler, em voz alta). Além disso, o fato de que a deusa grega tinha uma espada e a romana não mostra que os gregos aliavam o conhecer o direito à força para executá-lo (*iudicare*), donde a necessidade da espada, enquanto aos romanos interessava, sobretudo quando havia o direito, o *jus-dicere*, atividade precípua do jurista que, para exercê-la, precisava de uma atitude firme (segurar a balança com as duas mãos, sem necessidade de espada); tanto que a atividade do executor, do *iudicare*, era para eles menos significativa, sendo o *iudex* (o juiz) um particular, geralmente e a princípio, não versado em direito.

Contudo, o símbolo do Direito modifica-se mais uma vez com a superposição do cristianismo em relação ao paganismo. O Direito passa a ser representado, então, somente pela balança – com dois pratos, mas sem o fiel ao meio para os povos orientais; e com dois pratos com o fiel ao meio para os povos ocidentais. A metáfora da balança a pesar as ações humanas passa a ser frequente nos textos religiosos cristãos.

4. PALAVRAS GREGAS QUE EXPRESSAM A IDEIA DE DIREITO

4.1 *Basileus, Thémistes*

A palavra "*basileus*" é considerada, por alguns, a primeira palavra a significar "Direito", correspondendo às ordens de Zeus. Contudo, essa explicação é refutada por

alguns doutrinadores porque não se sabe a origem desse termo. É consensual que a primeira palavra, seguramente, a significar direito seja "*thémistes*"; usada mais ou menos a partir do séc. IX a.C. Termo acessível somente à classe culta, "*thémistes*" eram os julgamentos da deusa Têmis inspiradas pelas ordens de Zeus, já que aquela era, primeiramente, uma deusa secundária subordinada a este. Entre os significados de "*Thémistes*" podemos destacar os que se referem a imposição, exigência coercitiva, decreto, ordenamento, prescrição e estabelecimento de leis.

Os gregos, por estarem na fase cósmica do jusnaturalismo, acreditavam na justiça divina, e que toda expressão de soberania era igualmente divina, sendo proclamada pelo Rei, mas procedente de um Deus.

4.2 Díkaion

Com "*thémistes*", surgiu outra palavra designando Direito: "*díkaion*", que denota o estabelecimento da justiça, a declaração da sentença/justiça por *Diké*. As palavras "*thémistes*" e "*díkaion*" são, respectivamente, as declarações do Direito por Têmis e *Diké*; sendo as duas palavras usadas somente pela classe culta grega.

4.3 Íson

A classe menos culta, no entanto, tinha também a necessidade de expressar a ideia de justiça; precisava-se de uma palavra compreendida por todos, pois a ideia de Direito é universal. "*Thémistes*" e "*díkaion*" eram julgamentos que estavam subordinados à vontade de Zeus, representando apenas uma parte da simbologia do Direito, fazia-se necessário também o uso de uma palavra que representasse a balança (de preferência quando os dois pratos estivessem nivelados).

"*Íson*" passa a ser usado, então, para suprir essa lacuna na simbologia, como era usada apenas pela classe menos culta – assim como "*derectum*" –, não é encontrada em textos jurídicos oficiais; encontra-se apenas em fontes de caráter popular, como textos religiosos e literários. "*Íson*" significa, também, igual/igualdade.

Sobre "*díkaion*" e "*íson*", Ferraz Jr. (2011, p. 11) observa que:

As pequenas diferenças (mas, em termos de símbolo, significativas) entre os dois povos mostram-nos que os gregos aliavam à deusa algumas palavras, das quais as mais representativas eram *díkaion*,

significando algo *dito* solenemente pela deusa *Diké*, e *íson*, mais popular, significando que os dois pratos estavam iguais. Já em Roma, as palavras mais importantes eram *jus*, correspondendo ao grego *díkaion* e significando também o que a deusa *diz* (*quod Iustitia dicit*), e *derectum*, correspondendo ao grego *íson*, mas com ligeiras diferenças.

Desse modo, essa semelhança simbólico-estrutural se dá na medida em que tantos os gregos quanto os romanos conferiam grande importância à tradição oral, sendo os procedimentos judiciais dotados da característica da oralidade.

5. DIREITO E JUSTIÇA

A ideia de Justiça possui uma complexidade de expectativas que tornam difícil a sua conceituação. Segundo Lamas (1998, p. 46) os gregos utilizaram duas palavras ou dois grupos de palavras para designar o que hoje entendemos por Direito. Esses dois grupos de palavras designam a lei, por um lado, e a justiça, por outra. Gautério (2013, p. 79), ao se referir aos dois grupos de palavras proposto por Lamas explica o que segue:

Νόμος – uso, costume, norma, lei, estatuto, provém do verbo νέμω – distribuir, repartir, dar, apascentar, conduzir ao pasto, habitar, ocupar, possuir, governar, administrar. Nos encontramos frente a uma família de palavras amplíssima. Nesse sentido veja-se: Yoμή- repartido, distribuição, Yoμίζω- acostumar, julgar, estimar, etc. O ponto central é a norma enquanto regra condutora e resultado do ato de uma autoridade que manda e reparte. Enquanto regra designa o critério de retidão, um certo modelo que vincula o homem na polis, uma medida que não se deve ultrapassar bem como uma orientação racional para o bem comum.

Com efeito, Direito e Justiça não são sinônimos. Toda norma jurídica além de vigência e eficácia, deve ter também um fundamento que vem a ser o valor ou fim visado por ela. Sobre a ideia de Justiça e finalidade do Direito Bittar e Almeida (2016 p. 604) ressaltam o seguinte:

A própria história da humanidade, de suas ideologias bem como de suas tendências político-econômicas, tornou o Direito frágil, suscetível e vassalo aos desmandos do poder político e econômico. O Direito, muitas vezes, arcabouço coercitivo da conduta humana

social se desprovido de essência e de finalidade, serve a qualquer finalidade independentemente de qualquer valor podendo ser importante ingrediente de utilidade para a dominação e o interesse de minorias. No entanto, deve-se resgatar a ideia de que o preenchimento semântico do Direito pela ideia de justiça tem a ver com a teleologia do movimento que é jurídico em direção ao que não é jurídico, mas valorativo, e deve ser a axiologia a se realizar: a justiça. A justiça, nesse sentido, passa a ser a *ratio essendi* do Direito, que por si e em si, sem esse parâmetro valorativo não possui sentido.

Dessa forma, a Justiça pressupõe enquanto valor que norteia a construção histórico-dialética dos direitos como fim e como fundamento para expectativas sociais em torno do Direito. Apesar de a Justiça ser valor de difícil contorno conceitual, ainda assim é um valor essencialmente humano e extremamente necessário para as realizações do convívio humano, pois nela mora a gênese da ideia de igualdade (BITTAR e ALMEIDA, 2016, p. 605).

É de se admitir que entre as tarefas do jurista se encontra propriamente a de discutir o valor da justiça. Nesse caminho, o importante não é encontrar solução para o dilema, mas a aquisição de consciência sobre a sua existência (BITTAR e ALMEIDA, 2016 p. 606). O Direito é fenômeno sem sentido quando dissociado da ideia de justiça. Esse pensamento é algo antigo desde os Romanos, Direito e Justiça já se relacionavam intimamente, como observamos nos estudos de Gautério (2013, p. 81):

Reconhecemos então muitas semelhanças entre as concepções gregas e romanas. "O Direito é uma coisa social, se realiza na vida social e guarda uma relação necessária com normas e valores, sobretudo com a justiça – dikaiosýne ou iustitia. Todos entendiam que nas relações e condutas humanas há que distinguir aspectos meramente fáticos e aspectos relativos ao valor axiológico (questões de validade, "de direito"). Os romanos reconheciam que o Direito ("ius", "to dikxaion") guardava uma relação constitutiva com a justiça, considerada esta como valor objetivo.

Nesse sentido sendo o conceito de Justiça algo axiológico, é consubstancial à experiência jurídica a pluralidade de valores: liberdade, igualdade, segurança entre outros. Entretanto Justiça não se identifica, não é sinônimo, de nenhum deles, pois ela é o valor-fim do Direito e não o valor-meio (BETIOLI, 2011 p. 490). A Justiça pode ser considerada o

fim do Direito, aquilo que o Direito, pela sua própria natureza, se dirige, e em vista do que ele existe. Por sua vez, a Justiça é uma realidade axiológica, sendo que valores nada mais são do que qualidades que se recomendam às pessoas que correspondem a uma determinada perfeição.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do mesmo modo que o Direito evolui, se transforma e se metamorfoseia, as palavras nele contida e a própria palavra que o nomeia também o faz. Entender origem da palavra "Direito" não fornece conhecimentos tão somente linguísticos, mas também conhecimentos históricos sobre a própria origem e surgimento do direito ocidental.

O Direito possui gênese na práxis da oralidade ("*ius*") - em que os jurisconsultos proclamavam a vontade divina, progredindo, logo em seguida, para conter em seu nome a ideia a ser seguida ("*derectum*") - estar reto e equilibrado com as partes em conflito (ideia até hoje seguida pelas democracias modernas). A investigação etimológica da palavra "direito", portanto, tem a importância de evidenciar a evolução que as diversas sociedades e culturas passaram, demonstrando ainda o que significava o direito para cada uma delas.

A ideia de Justiça não pertence apenas ao Direito, contudo, faz parte da sua essência. Discutir o "valor", o alcance axiológico, do que seria a Justiça é algo de suma importância para a Ciência do Direito, uma vez que esses conceitos não são sinônimos, nem possuem a mesma origem etimológica. O mais importante não é encontrar uma solução final para o dilema, mas a aquisição de consciência sobre a sua existência. O Direito é fenômeno sem sentido quando dissociado da ideia de Justiça, que concretiza a dominação de grupos que estão no poder, se afastando das transformações sociais, e por consequência de ideias de Justiça. O Direito é um meio para se alcançar a Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *DICIONÁRIO DE FILOSOFIA*. 3ª Edição. São Paulo. Livraria Martins Fontes Editora LTDA. 1999.

ADEODATO, João Maurício. *FILOSOFIA DO DIREITO* - Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo. Editora Saraiva. 1996.

AFTALIÓN, Enrique. Et al. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. 11ª Edição. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1980.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O DIREITO: INTRODUÇÃO E TEORIA GERAL*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2001.

BATISTA, Rosângela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. *Introdução à Ciência do Direito*. Juazeiro: Ed. e Gráfica Franciscana, 2006.

BECHARA, Ivanildo. *Gramática Escolar da Língua Portuguesa*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira. 2010.

BETIOLI, Antonio Bento. *INTRODUÇÃO AO DIREITO*. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. 31ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009.

CRUZ, Sebastião. *Temas de Direito Romano: Ius. Derectum (Directum). Dereito (Derecho, Direito, Diritto, Droit, etc.)*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. XLIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

DEL VECCHIO, Giorgio. *LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO*. 5ª Edição. Coimbra. Coleção Studium. 1979.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Organização: Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar e Francisco Manoel de Mello Franco. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª Edição. São Paulo. EDITORA ATLAS S.A. 2011.

FREITAS, Juarez. *AS GRANDES LINHAS DA FILOSOFIA DO DIREITO*. Caxias do Sul. Editora Educ. 1986.

GAUTÉRIO, Maria de Fátima. *Etimologia e Significado do termo Direito*. Revista JURIS, Rio Grande, 19: 77-99, 2013.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo e CARNIO, Henrique Garbellini. *CURSO DE SOCIOLOGIA JURÍDICA*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *DICIONÁRIO TÉCNICO JURÍDICO*. São Paulo. Rideel. 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1984.

LAMAS, F.A., *Dialéctica y Derecho*, em *Circa Humana Philosophia*, Ed. El Derecho, III, Bs. As., 1998.

NOGUEIRA, Rubem. *CURSO DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO*. 2ª Edição Ampliada. São Paulo. Editora Revista dos tribunais. 1989.

RADBRUCH, Gustav. *FILOSOFIA DO DIREITO*. 6ª Edição. Coimbra. Coleção Studium. 1979.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

OS EFEITOS DA APLICABILIDADE DA LEI 4330/04 NO TRABALHADOR DA SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE.

ANA CLÁUDIA RODRIGUES DA SILVA:
Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus -CULBRA.

INGO DIETER PIETZSCH

(orientador)

RESUMO: A terceirização de atividades pode ser definida como a transferência da responsabilidade de um serviço ou parte da produção de uma organização para outra, sendo que este processo atualmente é utilizado por diversos países. Uma particularidade da área da saúde é o uso intenso e diversificado de mão-de-obra, o que faz o setor absorver com muita rapidez as transformações do mercado de trabalho em geral. Isso implica não somente no aumento de trabalhadores subcontratados, mas a redução dos empregados contratados diretamente pelas empresas. Trata-se de um fenômeno mundial, alcançando todos os tipos de trabalho, na indústria, comércio e serviços, apresentando-se sob diversas formas de regulação e legislação nos diferentes países. Os serviços de saúde desde a sua reorganização na década de 1990 tem sido ampliado e a necessidade de mão-de-obra trabalhadora é evidente. Em razão disso, os custos com saúde aumentaram, levando os gestores a buscarem formas mais “econômicas” de contratação de pessoal.

Palavras-chave: Terceirização. Aplicabilidade. Serviços de saúde.

ABSTRACT: The outsourcing of activities can be defined as the transfer of responsibility for a service or part of production from one organization to another, and this process is currently used by several countries. A particularity of the health area is the intense and diversified use of labor, which makes the sector absorb the changes in the labor market in general very quickly. This implies not only an increase in subcontracted workers, but a reduction in employees hired directly by companies. It is a worldwide phenomenon, reaching all types of work, in industry, commerce and services, presenting itself under different forms of regulation and legislation in different countries. Since their reorganization in the 1990s, health services have been expanded and the need for hard-working labor is evident. As a result, healthcare costs have increased, leading managers to look for more “economical” ways of hiring personnel.

Keywords: Outsourcing. Applicability. Health services.

1 Introdução

As transformações aceleradas no mundo do trabalho nos últimos anos têm provocado mudanças importantes no trabalho em saúde, especialmente em relação aos processos produtivos, ao trabalhador e às condições de trabalho. Sabe-se que todo brasileiro tem direito à saúde, com respaldo na Constituição Federal de 1988, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela lei n. 8.080/90. O SUS consiste em uma conquista social decorrente do Movimento de Reforma Sanitária, que trouxe avanços à saúde pública brasileira, especificamente no âmbito de sua organização (SCHIMITH *et al.*, 2017).

Essa nova política de saúde brasileira nasceu a partir da Constituição Federal de 1988 e, segundo Druk (2016), a aprovação da nova Constituição brasileira coincidiu com o início da implantação das políticas neoliberais, para a qual a expansão da terceirização é um marco importante: os programas de privatização de empresas e de serviços públicos criados nos anos 1990 e a reforma do Estado iniciada em 1995, com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, de responsabilidade do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare).

Para Sticca, Silva e Mandarini (2019), a terceirização de atividades pode ser definida como a transferência da responsabilidade de um serviço ou parte da produção de uma organização para outra, sendo que este processo atualmente é utilizado por diversos países. A decisão por terceirizar uma atividade normalmente está vinculada à redução de custos e de procedimentos burocráticos, à possibilidade de melhoria na qualidade dos produtos e serviços e ao aumento da flexibilidade para atender às exigências do mercado.

Ainda segundo esses autores, tal processo geralmente resulta em modificações na natureza das tarefas, na distribuição das atividades, na organização dos relacionamentos entre as empresas e na interação entre os funcionários de ambas as partes, além de causar impactos negativos aos trabalhadores na medida em que reforça as relações de dominação e controle social sobre a força de trabalho.

Como consequência, Lourenço (2015) evidenciou que o peso que as novas medidas de austeridade fiscal, acompanhadas da nova lei em tramitação no Congresso Nacional, de n. 4.330, terão para o trabalho e a saúde dos trabalhadores. As Medidas Provisórias ns. 664 e 665, acompanhadas da lei, que permite a terceirização em todas as fases da atividade empresarial, representam os esforços do capital para atingir a maximização da produtividade do trabalho sem efetivar investimentos nas inovações tecnológicas e de infraestrutura dos empreendimentos.

Sobre esse aspecto, as pesquisas sobre terceirização indicam que a precarização social do trabalho, além de se tornar uma temática central dos estudiosos, revela-se uma estratégia de dominação que atinge a todos os trabalhadores, mesmo que de forma diferenciada e hierarquizada, como parte da dinâmica de desenvolvimento do capitalismo

flexível no contexto da globalização e da hegemonia neoliberal (DRUCK, 2016). Nesse contexto, surge-nos a seguinte pergunta de pesquisa: quais os efeitos da aplicabilidade da Lei 4330/04 pelos gestores de saúde, os trabalhadores do Sistema Único de Saúde?

Existe uma grave crise enfrentada pelo capitalismo a partir da década de 1970 que levou a sua reorganização com vistas à retomada do patamar de acumulação e à dominação global. Como consequência, houve a intensificação dos processos de trabalho existentes e a criação de novas formas de relações do trabalho. Ainda que essas transformações tenham se iniciado nas indústrias, elas vêm se expandindo para todos os setores da sociedade, incluindo serviços públicos voltados para as necessidades básicas da população, como os de educação e saúde (BERNARDO, VERRDE; PINZON, 2013).

Na linha da reforma do Estado, a Lei de Responsabilidade Fiscal de 2000, cujo objetivo principal para o controle das contas públicas é reduzir as despesas com o funcionalismo público, inibiu a realização de concursos públicos e incentivou a terceirização, pois as despesas com a subcontratação de empresas e com a contratação temporária, emergencial e de comissionados não são computadas como despesas com pessoal (DRUCK, 2016).

Com isso, criou-se e ampliou-se a diversidade de modalidades de terceirização na esfera pública, a exemplo de: concessão, permissão, parcerias, cooperativas, organizações não governamentais (ONGs), OSs e organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips). Constituiu-se assim um quadro em que parte dos serviços públicos é realizada não mais pelo servidor público, profissional concursado, mas pelos mais diferentes tipos de trabalhadores, em geral empregados de forma precária, com contratos por tempo determinado, por projetos, sem os mesmos direitos que o funcionário público.

A questão é que estudos indicam que os trabalhadores terceirizados não se sentem pertencentes à empresa, que os gerentes da empresa contratante esperam que eles ainda ajam como subordinados, e que a exigência de comportamentos de flexibilidade, troca de informações e solidariedade no ambiente de trabalho afetam negativamente a percepção de ambiguidade de papéis (MANDARINI; ALVES. STICCA, 2016).

E mais, o medo do desemprego foi evidenciado nessa categoria como o principal elemento que favorece a perda da identidade individual e coletiva do trabalhador. A inconstância no emprego, a fragilidade dos vínculos, a falta de proteção dos contratos podem gerar esse tipo de sentimento que acarreta em preocupações para o trabalhador e dificulta o planejamento da sua vida individual e familiar (DASMACENA; VALE, 2020).

A relevância do estudo está e trazer à luz das discussões acadêmicas os efeitos da aplicabilidade da política de terceirização do trabalhador da saúde no Brasil afim de que

possamos analisar sua constitucionalidade, uma vez que estudos indicam os efeitos negativos sobre o profissional o que vai de encontro com o que rege a política trabalhista e a política de saúde brasileira. Para tanto, o objetivo desse estudo foi identificar os efeitos da aplicabilidade da Lei 4330/04 nos trabalhadores de saúde do sistema público de saúde no Brasil.

2 Metodologia

Tratou-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa, descritiva.

Para esta revisão, depois de escolhido a questão norteadora do estudo, utilizamos títulos disponíveis nas bases de dados dispostas na internet como Scielo, BVS e Google acadêmico, onde utilizaremos termos como "terceirização", "efeitos", "trabalhador da saúde" e "constitucionalidade" para efetivação da busca por artigos, dissertações e teses que enfatizavam a temática estudada publicadas a partir de 2000 (Figura 1).

A seleção dos referenciais utilizados nessa pesquisa foi realizada após a criteriosa leitura dos títulos e resumos das referencias identificadas. Após a leitura, utilizamos o Formulário 1, desenvolvidos para este estudo, na qual coletamos os seguintes dados para inclusão do estudo nessa pesquisa: autor, data da publicação, título, objetivo do estudo, resultados e conclusão.

Para a fase da construção da discussão dos resultados e referencial teórico, realizamos a análise dos artigos selecionados para, em seguida, comparamos os dados evidenciados após a leitura dos artigos e acrescentarmos ao referencial teórico. Nessa fase, também foi possível identificar possíveis lacunas do conhecimento, assim como evidenciarmos pontos essenciais para estudos futuros. Os resultados foram apresentados na conclusão do estudo de forma clara e concisa, buscando responder a problemática do estudo com ênfase nos objetivos propostos.

3 O trabalho no serviço público de saúde

O SUS - é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, sendo o único a garantir assistência integral e completamente gratuita para a totalidade da população, abrangendo os 5.565 municípios brasileiros, distribuídos pelos 27 estados das cinco regiões geográficas. Uma particularidade da área da saúde é o uso intenso e diversificado de mão-de-obra, o que faz o setor absorver com muita rapidez as transformações do mercado de trabalho em geral. Tentativas de classificação de estabelecimentos, no sentido de criar grupos mais homogêneos da força de trabalho, têm-se mostrado uma tarefa nem sempre exitosa (MACHADO; OLIVEIRA; MOYSES, 2011).

Desde a promulgação da Lei Orgânica da Saúde, leis nºs. 8.080 e 8.142/90, a questão

da força de trabalho em saúde no Sistema Único de Saúde (SUS) tem sido apontada como um dos seus nós críticos, sem, com isto, merecer o devido tratamento no que diz respeito à sua organização e gestão em nível nacional (FERREIRA, 2004).

Bernardo *et al.* (2013) afirma que a grave crise enfrentada pelo capitalismo a partir da década de 1970 levou a sua reorganização com vistas à retomada do patamar de acumulação e à dominação global. Como consequência, houve a intensificação dos processos de trabalho existentes e a criação de novas formas de relações do trabalho. Ainda que essas transformações tenham se iniciado nas indústrias, elas vêm se expandindo para todos os setores da sociedade, incluindo serviços públicos voltados para as necessidades básicas da população, como os de educação e saúde.

Sobre a precarização do trabalho do setor saúde, Damascena e Vale (2020) relataram que esta afeta diretamente a população, dificultando o acesso aos serviços, além de expor os usuários às condições precárias, o que repercute negativamente na segurança do paciente. Afeta também os trabalhadores, dado que os baixos salários, déficit de recursos e insumos, ambiente de trabalho inadequado e carga horária excessiva se constituem como motivos que geram insatisfação, desmotivação e sofrimento psíquico. Nesse cenário, emergem tendências de conflitos nas relações interpessoais enfraquecimento dos vínculos e modificações nos níveis de comprometimento do trabalhador, produzindo crise no processo de trabalho, distanciamento do seu objeto de trabalho, podendo resultar em baixa eficácia do seu cuidado.

Vale ressaltar que trabalhador da saúde é todo aquele se insere direta ou indiretamente na prestação de serviços de saúde, no interior dos estabelecimentos de saúde ou em atividades de saúde, podendo tendo ou formação específica para o desempenho de funções atinentes ao setor (PEREIRA, 2004). O medo do desemprego atenuou a capacidade combativa. Mais e mais empresas se transferem para áreas com baixa atividade sindical, com mão-de-obra barata e fartos incentivos fiscais propiciados pelo Estado (LIMA; COCKELL, 2008).

Nos serviços de saúde, ocorre a sobrecarregadas pela elevada demanda de atividades desenvolvidas no trabalho e pelo subdimensionamento de toda equipe. O déficit de recursos humanos gera excessiva carga de trabalho, acúmulo de atividades e um ritmo acelerado, que pode levar à exaustão profissional e prejudica a qualidade do atendimento prestado aos usuários (DAMASCENO; VALE, 2020).

Lima e Cockell (2008), relataram que demonstra que entre 1995 e 2005 houve um crescimento das formas de contratação dos servidores não-efetivos de 8,9%, em 1995, para 18,3%, em 2005, contrariando a lógica das decisões da Constituição de 1988 e do Regime Jurídico Único, que estabeleciam o concurso público como forma de ingresso no serviço

público.

No entanto, é importante relatar que na linha da reforma do Estado, a Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2000, cujo objetivo principal para o controle das contas públicas é reduzir as despesas com o funcionalismo público, inibiu a realização de concursos públicos e incentivou a terceirização, pois as despesas com a subcontratação de empresas e com a contratação temporária, emergencial e de comissionados não são computadas como despesas com pessoal (DRUCK, 2016).

4 Terceirização no setor público de saúde

A terceirização de serviços no setor público tem se colocado como uma alternativa à reestruturação produtiva do Estado. Embora já utilizada no século XIX no contexto privado, no âmbito público a terceirização passou a se desenvolver de maneira acelerada a partir da década de 1990, após a reorganização do setor público, pautada na transferência de atividades consideradas de não exclusividade do Estado para o setor privado. Neste contexto, as atividades mais frequentemente terceirizadas são denominadas atividades-meio, que consistem em partes do processo de apoio à produção do bem ou serviço oferecido pela organização, ou seja, atividades auxiliares, como serviços de limpeza, segurança e informática (STICCA; SILVA; MANDARINI, 2019).

Constituiu-se assim um quadro em que parte dos serviços públicos é realizada não mais pelo servidor público, profissional concursado, mas pelos mais diferentes tipos de trabalhadores, em geral empregados de forma precária, com contratos por tempo determinado, por projetos, sem os mesmos direitos que o funcionário público (DRUCK, 2016).

Nesse sentido, Oliveira *et al.*, (2018), mencionaram que ancoradas nos princípios neoliberais em voga desde os anos 1990, as mudanças na gestão foram transplantadas das empresas para os serviços públicos, desvirtuando sua natureza e função com modelos orientados para a produção e a comercialização. Em nome de uma suposta eficiência e de melhorias na qualidade, tais princípios, dentre os quais destacamos a flexibilização, têm sido implantados indiscriminadamente e vêm abrindo, progressivamente, terreno para a precarização do trabalho nos serviços públicos brasileiros.

Isso implica não somente no aumento de trabalhadores subcontratados, mas a redução dos empregados contratados diretamente pelas empresas. Trata-se de um fenômeno mundial, alcançando todos os tipos de trabalho, na indústria, comércio e serviços, apresentando-se sob diversas formas de regulação e legislação nos diferentes países (LIMA, 2010).

Ferreira (2004) divulgou que um importante documento para o subsídio da

discussão realizada é o “Parecer sobre terceirização e parcerias na saúde pública”, do Subprocuradorgeral da República Wagner Gonçalves em 1998. O mesmo apresenta o quadro nacional de terceirizações e parcerias na saúde pública e esclarece que, sob a denominação de “convênio”, o que realmente está sendo realizado na saúde pública é a terceirização (via contratos) da prestação de serviços na área da saúde pública, em sua atividade-fim. Ainda este parcer afirma que o que vem sendo feito na saúde pública é a realização de contratos, através de pagamento, proveniente dos cofres públicos, a setores privados pela prestação de serviços na área de saúde. Segundo o documento deste cprocurador, essa terceirização é “ilegal e inconstitucional, por atentar contra as leis nºs. 8.080/90 e 8.152/90”.

Para Lourenço (2015), as mudanças ora propostas, que restringem os direitos trabalhistas e previdenciários, expressam o rompimento do ciclo civilizacional proposto pelo capitalismo a partir das lutas entre capital e trabalho, significam, entre outros, os limites do projeto civilizacional burguês. É a derruição dos limites outrora impostos à extração da mais-valia absoluta. A terceirização remete ao ciclo inicial da industrialização capitalista, combina elementos de más condições de trabalho, baixos salários e aumento da jornada. Portanto, tem consequências arrasadoras sobre o trabalho e as representações sindicais.

“Precarização” compreendida como a piora geral das condições de trabalho e de vida decorrente da ruptura do modelo taylorista-fordista, da busca pela redução de custos de produção e pelo retorno às ideias liberais, principalmente a de estado mínimo, o que engloba a fragilização dos vínculos de trabalho, a perda de direitos, o enfraquecimento das políticas de proteção social, a degradação dos ambientes de trabalho, a intensificação das formas de exploração, a desarticulação política dos trabalhadores (Oliveira *et al.*, (2018).

Ainda nesse sentido, a precarização, ou processo de precarização, vincula-se a uma maior desregulamentação da utilização da força de trabalho com a redução de postos de trabalho, a intensificação do trabalho e mudanças nos contratos nos quais se tenta enxugar os custos com direitos trabalhistas e sociais nas relações salariais (LIMA, 2010).

Para Dasmascena e Vale (2020), a precarização do trabalho é o modo de dominação que institui uma situação generalizada e permanente de insegurança, com o objetivo de obrigar os trabalhadores à submissão e aceitação da exploração.

Tradicionalmente, as modalidades de especialização do trabalho, os critérios de

permanência e mobilidade dos funcionários, assim como o caráter da tradição cultural, refletem a solidez e a estabilidade dos vínculos de trabalho nos serviços de saúde pública, os quais têm se caracterizado por conter disciplinas e profissões vocacionais baseadas em critérios éticos e de valor social. Esses espaços conferiam ao trabalho um estilo de independência e liberdade de exercício das atividades, sem as pressões e a ingerência do "mercado" (BERNARDO et al., 2013).

Ainda Bernardo *et al.* (2013), tradicionalmente, as modalidades de especialização do trabalho, os critérios de permanência e mobilidade dos funcionários, assim como o caráter da tradição cultural, refletem a solidez e a estabilidade dos vínculos de trabalho nos serviços de saúde pública, os quais têm se caracterizado por conter disciplinas e profissões vocacionais baseadas em critérios éticos e de valor social. Esses espaços conferiam ao trabalho um estilo de independência e liberdade de exercício das atividades, sem as pressões e a ingerência do "mercado".

Segundo Andreazzi e Bravo (2014), as mudanças da gestão dos programas e unidades de saúde do Estado, nos anos recentes, por meio dos chamados novos modelos de gestão, trazem desafios importantes sobre a configuração do sistema de saúde brasileiro.

A terceirização pode ser definida como o ato de transferir a responsabilidade de um serviço, ou de determinada fase da produção ou comercialização, de uma empresa para outra. Isso possibilita que a empresa centre-se na realização de algumas ações, havendo racionalização e conseqüente aumento da produtividade. No entanto, a terceirização tem sido mais uma tática de redução de custos, pela exploração de relações precárias do trabalho, do que uma redução dos custos baseados no aumento da eficiência e da produtividade (CHILIDA; COCO, 2004, p.272).

Zamberlan e Siqueira *et al.*, (2005), definem este processo como sendo a busca pela qual a instituição visa alcançar maior e melhor qualidade e produtividade, redução de custos e, desta forma, a atividade deixa de ser realizada pelos funcionários de uma empresa A (instituição hospitalar) para ser transferida aos funcionários de uma empresa B (serviço terceirizado) ocorrendo assim um processo de transferência de funções e/ou atividades podendo incluir tanto as etapas do processo produtivo, ou atividades-fins da chamada "empresa origem" como atividades ou serviços de apoio, também denominados de meios, nestes casos pode-se citar como exemplos: os serviços das lavanderias, de limpeza, manutenção, nutrição, dentre outros.

Para Lima (2010), a terceirização permite flexibilizar o processo produtivo. Trata-se

da reorganização da produção com a focalização das atividades fins das empresas e a externalização das demais. As empresas eliminam setores produtivos, administrativos ou de serviços, considerados complementares às suas atividades fins e transferem sua realização para outras empresas, concentrando-se no produto principal.

Já Aquino *et al.* (2016), entendem a terceirização como processo de vulnerabilização de uma parcela significativa da população, que não encontra um caminho de inserção plena no mercado de trabalho, acarretando, de forma concomitante, uma ausência de acesso a diversos benefícios sociais e bens materiais que a condição de trabalho pleno pode permitir.

A hipótese é de que a terceirização do serviço público no Brasil, além de ser um dos mecanismos mais importantes e eficientes de desmonte do conteúdo social do Estado e de sua privatização, é a via que o Estado neoliberal encontrou para pôr fim a um segmento dos trabalhadores, o funcionalismo público, que tem papel crucial para garantir o direito e o acesso aos serviços públicos necessários à sociedade e, sobretudo à classe trabalhadora, impossibilitada de recorrer a esses serviços no mercado. São várias as modalidades de ataques aos direitos, ao padrão salarial e às condições de trabalho do funcionalismo, consubstanciadas nos ajustes fiscais implantados pelos vários governos desde o início dos anos 1990 até hoje, ajustes esses recomendados e exigidos pelas instituições e classes que representam o capital financeiro globalizado (DRUCK, 2016, p.18).

Há igualmente o aumento da terceirização, não apenas nas formas de contratação, como também na externalização de serviços públicos nas três esferas do governo, motivado por (LIMA; COCKELL, 2008):

1. Promessa de eficácia e eficiência dos métodos de gestão privada, verificados posteriormente como inadequados devido às especificidades do setor público;
2. Possibilidade de driblar a Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que os gastos com terceirização não são calculados como despesa com pessoal;
3. Facilidade dos administradores em 'manusear' a força de trabalho terceirizada em prol das suas finalidades políticas e administrativas; e
4. Inexistência de investimentos, corroborando com o mecanismo de financiamento

das campanhas eleitorais.

Segundo Bernardo *et al.* (2013), a vivência dos trabalhadores terceirizados é permeada por um desgaste mental maior do que a dos funcionários concursados. Entretanto, apesar dessas diferenças de envolvimento e/ou sofrimento no trabalho, as entrevistas indicam que ambos os trabalhadores, cada um a sua maneira, sofrem com a situação imposta pela ideologia neoliberal que busca terceirizar o serviço público de saúde.

A terceirização que vem ocorrendo no serviço público de saúde é exemplar para indicar a renúncia do Estado à sua responsabilidade social e, ao mesmo tempo, revelar a promiscuidade das relações público-privado, com a transferência de altas somas de recursos públicos para instituições privadas, sem qualquer avaliação, planejamento, supervisão ou controle de como esse recurso é utilizado e de quais serviços e por quem e em quais condições estão sendo prestados (DRUCK, 2016).

4 Conclusão

Os serviços de saúde desde a sua reorganização na década de 1990 tem sido ampliado e a necessidade de mão-de-obra trabalhadora é evidente. Em razão disso, os custos com saúde aumentaram, levando os gestores a buscarem formas mais “econômicas” de contratação de pessoal.

A questão é que, essas formas buscadas pelas organizações como processo de facilitação de atendimento e diminuição de custos, podem decorrer em falta de interação intersetorial o que, por vezes, leva à demora nas informações e resolutividade de problemas apresentados.

No mais, observa-se ainda precarização do trabalho, redução ou ausência dos direitos trabalhistas, onde os trabalhadores terceirizados são vistos como inferiores, sem vínculo empregatício, porém, por outro lado, os mesmos evidenciam a injustiça da diferença desses vínculos empregatícios e até a lógica da produtividade.

Referencial Bibliográfico

ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; BRAVO, Maria Inês Souza. Privatização da gestão e organizações sociais na atenção à saúde. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n.3, p.499-518, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198177462014000300499&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

AQUINO, Cassio Adriano Braz de et al . Terceirização e saúde do trabalhador: uma revisão da literatura nacional. **Rev. Psicol., Organ. Trab.**, Brasília , v. 16, n. 2, p. 130-142, jun. 2016 . Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sc>

i_arttext&pid=S1984-66572016000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 12 jun. 2021.

BERNARDO, Marcia Hespanhol; VERDE, Fábio Frazatto; PINZON, Johanna Garrido. Vivências de trabalhadores com diferentes vínculos empregatícios em um laboratório público. **Cad. psicol. soc. trab.**, São Paulo, v.16, n.1, p.119-133, jun. 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172013000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

CALDERON, Adolfo Ignacio. Terceirização do trabalho docente à luz da responsabilidade social da educação superior. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 487-501, dez. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462013000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

CHILLIDA, Manuela de Santana Pi; COCCO, Maria Inês Monteiro. Saúde do trabalhador & terceirização: perfil de trabalhadores de serviço de limpeza hospitalar. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 12, n. 2, p. 271-276, Apr. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010411692004000200018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

DAMASCENA, Dhuliane Macêdo; VALE, Paulo Roberto Lima Falcão do. Tipologias da precarização do trabalho na atenção básica: um estudo netnográfico. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v.18, n.3, e00273104, 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198177462020000300503&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

DRUCK, Graça. A terceirização na saúde pública: formas diversas de precarização do trabalho. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v.14, supl.1, p. 15-43, Nov. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198177462016000400015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

LIMA, Jacob Carlos. Outsourcing and workers: revisiting some questions. **Cad. psicol. soc. trab.**, São Paulo, v.13, n.1, p.17-26, 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172010000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

LIMA, Jacob Carlos; COCKELL, Fernanda Flávia. As novas institucionalidades do trabalho no setor público: os agentes comunitários de saúde. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 6, n.3, p.481-502, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198177462008000300005&lng=en&nrm=iso>.

[pt&nrm=iso](#)>. Acesso em 28 set. 2020.

LOURENCO, Edvânia Ângela de Souza. Terceirização: a derruição de direitos e a destruição da saúde dos trabalhadores. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n.123, p.447-475, set. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300447&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

MACHADO, Maria Helena; OLIVEIRA, Eliane dos Santos de; MOYSES, Neuza Maria Nogueira. Tendências do mercado de trabalho em saúde no Brasil. In: Celia Pierantoni, Mario Roberto Dal Poz, Tania França. (Org.). O Trabalho em Saúde: abordagens quantitativas e qualitativas. 1ª.ed. Rio de Janeiro: **CEPESC, UERJ**, 2011, v. 001, p.103-116. Disponível em <<http://www.ensp.fiocruz.br/observarh/arquivos/Tendencias%2520d%2520Mercado%2520de%2520Trabalho.pdf>>. Acessos em 12 jun. 2021.

MANDARINI, Marina Bernardo; ALVES, Amanda Martins; STICCA, Marina Gregghi. Terceirização e impactos para a saúde e trabalho: uma revisão sistemática da literatura. **Rev. Psicol., Organ. Trab.**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 143-152, jun. 2016. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198466572016000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

OLIVEIRA, Fábio de et al. Pesquisa-intervenção participativa com trabalhadores da Unidade de Manutenção de uma universidade pública: precarização, memória e resistência. **Rev. bras. saúde ocup.**, São Paulo, v.43, supl.1, e3s, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S030376572018001000501&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

SCHIMITH, Maria Denise et al. Precarização e fragmentação do trabalho na Estratégia saúde da família: impactos em Santa Maria (RS). **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 163-182, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-7746201700010016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

STICCA, Marina Gregghi; SILVA, Flavia Helen Moreira da; MANDARINI, Marina Bernardo. Realocação de servidores públicos ante um processo de terceirização: estudo de caso em um restaurante universitário de uma universidade pública brasileira. **Rev. bras. saúde ocup.**, São Paulo, v.44, e27, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artte&pid=0303-76572019000100306&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 set. 2020.

ZAMBERLAN, Cláudia; SIQUEIRA, Heidi Crecência Heckler de. A terceirização nos serviços e

consequências no cuidar em enfermagem. **Revista Brasileira de Enfermagem**. 2005, v. 58, n. 6, pp. 727-730. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-71672005000600019>>. Acesso em 12 de junho de 2021

REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E AS SUAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS.

WELLEM FLORES LIMA SILVA:

Formanda em Direito pela Unicatólica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA¹⁶⁷

VALDIRENE CASSIA DA SILVA¹⁶⁸

(orientadores)

RESUMO: Por meio desse trabalho pretende-se apresentar a respeito das reflexões acerca do direito do consumidor e mostrar como se dão as relações consumeiristas no âmbito virtual levando em consideração o cenário exponencial de compras no universo virtual no Brasil. Desse modo, através de tal cenário a pesquisa fixou o seguinte questionamento: De que forma o CDC e o Decreto 7962/13 resguardam o consumidor em casos de fraudes nas relações de consumo virtuais com as empresas? Com isso foram estabelecidos como objetivos: Discorrer sobre o CDC e o Decreto 7962/13 a qual referem-se aos casos de relações consumeristas no Brasil, apontar as principais falhas da justiça brasileira nos casos de fraudes nas relações de consumo virtuais perante os consumidores, e por fim demonstrar a possibilidade de reparação moral e material ao consumidor quando há injusta relação de consumo entre o fornecedor aparente e o consumidor. Para alcançar tais objetivos utilizou-se o método hipotético dedutivo, realizando uma abordagem de natureza qualitativa e o trabalho foi baseando em pesquisas bibliográficas. Ao final da pesquisa conclui-se que é crescente a utilização de plataformas virtuais pelos consumidores, principalmente levando-se em consideração o cenário de maior comodidade trazido pela internet, contudo mesmo que tais relações de consumo virtuais se desenvolvam embasadas nas leis que regulam também as compras em ambiente físicos, tem-se que por inúmeras vezes o consumidor fica suscetível a ocorrência de golpes

¹⁶⁷ Professor da Unicatólica do Tocantins. Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT. Especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF. Analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins. Médico Veterinário e Bacharel em Direito.

¹⁶⁸ Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Comunicação, Estratégias e linguagens. Graduada em Comunicação Social, habilitada em Relações Públicas. Professora titular na Universidade Luterana de Palmas e da Unicatólica. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins

realizados em tais plataformas, assim há o desdobramento da insegurança jurídica para a parte mais vulnerável da relação.

Palavras chaves: Âmbito virtual; Falhas da justiça brasileira; Fraudes nas relações; Relação consumista; Reparação moral e material.

ABSTRACT: Through this work, we intend to present reflections on consumer rights and show how consumer relations take place in the virtual sphere, taking into account the exponential scenario of purchases in the virtual universe in Brazil . Thus, through this scenario, the research established the following question: In what way the CDC and Decree 7962/13 protect the consumer in cases of fraud in virtual consumer relations with companies? With this, the following objectives were established: To discuss the CDC and Decree 7962/13 which refer to cases of consumer relations in Brazil, to point out the main flaws in the Brazilian justice system in cases of fraud in virtual consumer relations with consumers, and finally, to demonstrate the possibility of moral and material reparation to the consumer when there is an unfair consumption relationship between the apparent supplier and the consumer. To achieve these objectives, the hypothetical deductive method was used, carrying out a qualitative approach and the work was based on bibliographic research. At the end of the research, it is concluded that the use of virtual platforms by consumers is increasing, mainly considering the scenario of greater commodity brought by the internet , however even if such virtual consumption relationships are developed informed on the laws that also regulated purchases in physical environments, it has to be said that on numerous occasions the consumer is susceptible to the occurrence of blows performed out on such platforms, thus there is the unfolding of the legal insecurity for the most vulnerable part of the relationship.

Keywords : Virtual scope; Failures of the Brazilian justice system; Relationship fraud; Consumer relationship; Moral and material reparation.

INTRODUÇÃO:

Sabe-se que a lei 8078/90 trouxe uma representativa mudança no tocante da proteção ao consumidor e na tentativa de estabelecer ao consumidor e fornecedor em patamares menos estratificados tal Código foi executado através de princípios pautados em equidade, transparência, boa-fé e responsabilidade. Desse modo, é notório que tão grande foi a importância do CDC, que ocorreu a promulgação de leis posteriores para fazer valer o seguimento, como por exemplo o Decreto nº 7.962/13.

Ocorre que, com o advento da tecnologia e informação todos os ramos da vida foram incorporados nesse meio, inclusive o comércio que a cada dia ganha mais espaço nas plataformas virtuais como um todo e ampliam sua rede de clientes. Assim, essa torna-se uma via de mão dupla para os compradores, pois apesar de ter sido incorporada uma maior praticidade para eles, também há em outro prisma uma maior vulnerabilidade em tais relações de consumo, e com isso existem maiores meios dotados de fraudes.

Destarte, sabe-se que apesar dos sites não serem plataformas físicas é notório que os negócios jurídicos celebrados por meio deles estão sujeitos as regras e princípios de ambientes não virtuais, e assim há a aplicabilidade de normas de características especiais como CDC e entendimentos jurisprudenciais, logo a base de tais aplicações dessas legislações em todos os seus termos nas relações de consumo virtuais ganharam mais impulso a partir do Decreto nº 7.962/13.

É importante dicorrer também sobre o CDC e o Decreto 7962/13, a qual referem-se aos casos de relações consumeristas no Brasil, para apontar as principais falhas da justiça brasileira nos casos de fraudes nas relações de consumo virtuais perante os consumidores, e assim demonstrar a possibilidade de reparação moral e material a eles quando há uma injusta relação de consumo entre os sujeitos de tal relação.

Entretanto, mesmo sendo manifesto que ocorra a aplicabilidade das leis consumeristas nas relações de comércio virtual através de sites, ainda existem lacunas no direito brasileiro, que por omissões legislativas evidenciam controvérsias quanto a aplicação ou não de excludentes de responsabilidade das empresas em casos de fraudes online, bem como a má prestação dos serviços de segurança por parte do fornecedor aparente, e como efeito desse impasse jurídico têm-se que os consumidores são lesionados.

Desse modo, através de todo esse conflito em tela é nítido, que ocorre a falta de segurança jurídica para o consumidor, que é considerado a parte mais vulnerável da relação. Deste contexto, questiona-se: De que forma o CDC e o Decreto 7962/13 resguardam o consumidor em casos de fraudes nas relações de consumo virtuais com as empresas?

Para um melhor desdobramento da pesquisa, faremos uso de metodologias, pois assim, saberemos qual caminho será trilhado. Faremos uso do método hipotético dedutivo, de uma abordagem quantitativa de pesquisas bibliográficas. Portanto, para a comunidade acadêmica esta pesquisa é significativa, pois poderá servir como instrumento de apoio para novas análises.

Por conseguinte é fundamental para a sociedade um debate sobre os direitos daqueles que sofreram danos por erro de terceiro, bem como sobre quais os caminhos

da responsabilização que devem ser adotados quando houver a ocorrência de tais fraudes.

1. AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS NO BRASIL ATRAVÉS DO CDC E O DECRETO nº 7.962/13

Com o advento da Lei nº 8.078/1990, intitulada de Código de Defesa do Consumidor, foram instauradas grandes inovações a respeito da regulamentação tão necessária nas relações de consumo no Brasil, assim a lei concedeu uma proteção essencial aos consumidores que a partir da sua eficácia plena passaram a ser vistos como a parte mais fraca da relação jurídica, comparados as grandes empresas fornecedoras.

Em relação ao exposto, não há dúvidas quanto ao grande desenvolvimento na área jurídica consumerista nos últimos anos, pois a partir da referida lei base, houve a ampliação da efetividade nas relações de consumo embasa na matéria de responsabilização no nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, pode-se fundamentar que a lei de classificação especial foi de grande importância para estender a resolução de lides que superlotavam o judiciário, como também para a consolidação do posicionamento jurídico que levasse em consideração a equidade, pois como entende Marques é "necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais[...]" (MARQUES, 2014, p.137).

Assim, tem-se que ocorreram grandes impactos na forma que desenvolveu-se o consumo e hoje as plataformas virtuais impulsionaram tais relações, destarte foi necessário um amparo jurisdicional mais específico para a proteção da parte mais vulnerável.

Outrossim, é importante salientar a Política Nacional das Relações de Consumo disposta no artigo 4º do CDC, que diz :

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços público;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. (BRASIL, 1990, art 4º)

Nesse diapasão, tem-se que tais princípios trazidos no artigo tem a capacidade de interpretar a risca à proteção ao consumidor nas relações desenvolvidas, para que assim

ocorra em todas as esferas consumeristas a garantia de serviço adequado resultando deste modo, na redução de riscos e prejuízos de tais serviços.

Levando em consideração que com o avanço tecnológico e a ocorrência de maior facilidade, a relação de consumo é viabilizada pelo meio digital fazendo nascer assim um contrato eletrônico, que para Gonçalves o contrato eletrônico deve ser entendido como aquele celebrado com a utilização de programas de computador ou aparelhos com iguais programas (GONÇALVES, 2008, p.61).

Portanto, entende-se que os negócios jurídicos de compra e venda agora não são mais ensejados nas barreiras físicas, pois com a evolução da internet o modo de consumir também apresentou mudanças em todos os seus meios e formas, assim a maior facilidade e comodidade trazida pela internet resultou no crescimento exponencial do consumo bem como, trouxe os fornecedores a ampliação do percentual de vendas.

Por conseguinte, o artigo 4º do CDC aduz importantes preceitos a respeito da relação de consumo que se desenvolve também no âmbito virtual, qual seja garantia à proteção compreendidos no inciso II alinha "d" e no inciso V. Dessa forma, desprende-se da interpretação de tais preceitos que o fornecedor precisa assegurar segurança durante todas as fases do serviço oferecido.

Desse modo, segundo os princípios em espécie trazidos em tal dispositivo há o objetivo de uma maior tutela jurisdicional aos consumidores, com base em meios precisos de transparência atrelada à segurança dos serviços oferecidos pelos fornecedores, segurança essa que também deve ser verificada nesse âmbito, para que assim ocorra a coibição de qualquer tipo de abuso ou insegurança no cenário de compras online.

Como leciona Cláudia Lima Marques:

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. (MARQUES, 2008, p. 413)

Partindo desse prisma, sabe-se que o Decreto nº 7.962/13 trouxe regras importantes para a transparência e a segurança nas relações e regulamentação das compras virtuais, pois ele visa a efetiva proteção e defesa dos interesses e direitos dos consumidores sem contudo, prescindir de outros princípios e normas do direito, quando necessários, àquela proteção e defesa do consumidor (FILOMENO, 2007, p.4).

Tal Decreto é muito necessário para que em todas as relações de consumo virtuais sejam respeitados os princípios base do ordenamento consumerista, sejam eles o princípio da transparência, da boa-fé e da segurança. Logo, é notório que houve uma perfeita simbiose entre o CDC e o Decreto 7.962/13, pois ambos têm o propósito de delimitar a segurança na relação que ocorrem entre consumidor e fornecedor com um objeto final.

CAVALIERI escreve:

Assim, o CDC é o instrumento legal para a efetivação da defesa do consumidor; sem o CDC, o imperativo constitucional de defesa do consumidor não passaria de uma folha de papel. Em suma, o Código de Defesa do Consumidor destina-se a efetivar, no plano infraconstitucional, princípios constitucionais, especialmente os princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor.(CAVALIERI, 2019. p.42)

Portanto, apesar do comércio virtual ser uma nova forma de se instituir o consumo e ter suas características próprias, que se diferem em alguns aspectos das compras no ambiente físico, são aplicadas as mesmas regras para os dois meios.

2. AS PARTES ENVOLVIDAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A partir desse ângulo, as duas figuras mais importantes e que fomentam a relação de consumo é a do consumidor e o fornecedor. Assim, conforme o CDC em seu Art. 2º há:

Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A doutrina esclarece que são necessários três elementos para que o consumidor se encaixe de forma completa na definição. São esses elementos:

O primeiro deles é o subjetivo, (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição ou utilização de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão destinatário final. Interessante observar que não é consumidor apenas quem adquire, mas também quem utiliza (por exemplo, um familiar do adquirente ou quem ganhou de presente um produto. (GARCIA, Leonardo de Medeiros, 2017, P.27).

O entendimento firmado na jurisprudência do STJ é de que há uma orientação de que da teoria finalista mitigada seja aplicada nos casos consumeristas, ou seja, consumidor é aquele que está em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor.

Tal teoria enseja que, a maior essência do personagem consumidor é que esse seja dotado de vulnerabilidade, portanto segundo Cavallieri a vulnerabilidade do consumidor é contatada a partir da análise do desequilíbrio técnico, jurídico e fático existente entre as partes (CAVALLIERI 2019, p. 58).

O segundo personagem que compõe tal relação de consumo é o fornecedor, que a definição há no CDC.

Art. 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990, art. 3º).

O CDC em seu art. 12º identifica três espécies de fornecedores, sendo eles: presumido, aparente e real. Portanto, no presente artigo será levado em consideração o fornecedor aparente que é aquele que disponibiliza produtos no mercado para os consumidores e dá confiança no produto comercializado, nesse prisma as plataformas virtuais encaixam-se nessa perspectiva. Assim, "a finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo." (CAVALIERI, 2019, p.6).

O consumidor tornando-se a parte mais vulnerável em relação a figura do fornecedor aparente, não pode ocorrer a transmissão da responsabilidade total decorrentes dos riscos que a operação mercantil proporciona. Através desse prisma, é

evidente que no âmbito da relação consumerista há um sentimento de segurança que é apresentado aos consumidores, pois esses levam em consideração que os fornecedores seguem em todos os seus termos o princípio da segurança e da prestação adequada de serviço, assim são levados a crer que aos fornecedores tornam o comércio virtual como meio totalmente seguro.

Sabe-se que em todas as conexões de consumo deve haver o respeito aos princípios norteadores, entretanto deve salientar também que o uso de um meio virtual pode levar a uma perda do significado ou da eficiência do princípio da boa-fé através dos fornecedores e como isso há defeito na relação consumerista.

Também, existe uma injusta relação entre fornecedor e consumidor embasada na vulnerabilidade que pode ser ela jurídica ou fática, portanto no artigo exposto aborda-se de forma mais incisiva qual seja a do tipo fática, pois essa tem como pilar à desigualdade econômica, física e psicológica do consumidor com o fornecedor (MARQUES, 2013, p.102). Assim, como leciona Cavalieri "Porque consumidores e fornecedores são protagonistas imprescindíveis das relações de consumo, de sorte que o objetivo primordial do CDC não é desequilibrar a balança em favor do consumidor, mas sim harmonizar os interesses de ambos. (CAVALIERI, 2019, p. 35).

Desde a vigência das leis de proteção ao consumidor sabe-se que o desequilíbrio entre os polos é significativo, e com o desenvolvimento do comércio virtual tal desequilíbrio ficou ainda mais intenso, pois o consumidor é compelido a projetar toda sua confiança na ideia de que o fornecedor embasa. Portanto, levando em consideração que no comércio virtual são aplicadas todas as regras que há no físico, quando ocorre danos materiais e morais advém a possibilidade de responsabilização e reparação na esfera civil aos consumidores.

O CDC trouxe uma diferenciação em relação ao Código Civil, que no seu artigo 927 traz como regra geral a responsabilização subjetiva, ou seja, aquela que é necessária que aconteça a comprovação de culpa da parte que não suportou os danos.

Nessa esteira, leciona CAVALIERI em relação a lei especial:

O texto normativo especial, vale dizer, voltado à disciplina de determinada e individualizada situação, deve prevalecer sobre a regra geral, cuja hipótese normativa abrange situações concretas não marcadas pela peculiaridade tomada como relevante pela norma especial (CAVALIERI, 2019, p.18).

A lei específica do consumo, apresenta como regra geral a responsabilização do tipo objetiva nas relações que envolvem as figuras principais, assim tem como base

principal a teoria do risco do empreendimento e o princípio da segurança. Portanto, como regra geral não é necessário que se comprove a culpa do fornecedor, salvo em alguns casos.

A responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual será também, demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva. CAVALIERE (2019, p. 159).

Assim, na perspectiva de Gonçalves a responsabilização objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa e só necessita que haja relação de causalidade entre a ação e o dano (GONÇALVES, 2018, p.49). Decorre também que a responsabilização no CDC se divide em duas: pelo fato do produto ou do serviço e por vício do produto ou do serviço pelo fato do serviço.

Portanto, vale salientar que no presente artigo é abordada a responsabilização pelo fato do serviço em que, como leciona Cavalieri é compreendida quando há defeitos de segurança, e como resultado desenrola-se defeitos que atingem de forma extrínseca a incolumidade econômica ou psíquica do consumidor (CAVALIERI, 2019, p. 310). Todavia, faz-se necessário também que seja tratado no trabalho sobre a responsabilização mitigada que atualmente algumas vertentes do judiciário e algumas doutrinas defendem, pois é sustentado que necessitaria em primeiro momento ser levado em consideração as peculiaridades do caso concreto para inferir se deveria ou não alcançar a responsabilização objetiva fundada na teoria do risco.

3. FALHAS NA JUSTIÇA DO TOCANTINS NOS CASOS DE FRAUDES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS PERANTE OS CONSUMIDORES

Ocorre que, como sempre houve as relações de consumo desde a promulgação do CDC ganhou mais força a adoção da “Teoria do risco do empreendimento”, que se faz como um alicerce para a ampliação da ideia de responsabilização objetiva aos fornecedores como regra geral, assim sabe-se que a teoria em questão surgiu na França, pois foi desenvolvida na perspectiva de sustentar a responsabilidade objetiva frente a Revolução Industrial.

A partir desse aspecto, a palavra risco advém da potencialidade de dano, logo quem sofre danos deve ser reparado pelo autor, mas na perspectiva dessa teoria não deve ser levada em consideração o mérito de haver culpa ou a falta dessa por parte do fornecedor,

pelo motivo de que o tipo de atividade mercantil poderá em algum momento causar risco de dano.

Como explana CAVALIERI a conceituação dessa forma de risco é:

Está ligado à ideia de responsabilidade ou encargo acerca da perda ou dano por situação de risco, no ato de uma pessoa - física ou jurídica -, que assume uma tarefa ao empreender uma atividade econômica, na qual está ínsita a probabilidade de insucesso, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não dependa exclusivamente da vontade dos interessados. Nestes termos, esta é a responsabilidade que, independentemente de culpa, assumem todos aqueles que se disponham a exercer uma atividade no mercado de consumo, atraindo para si o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos produtos ou serviços postos à disposição dos consumidores. (CAVALIERI, 2019, p.309)

Isto posto, deslumbra-se que a teoria do risco do empreendimento é ligada ao fato de que o fornecedor a partir do momento que torna-se a parte mais forte da relação toma para si a responsabilidade do risco inerente ao serviço prestado e desse modo, devem sempre levar em consideração a segurança e a confiança que o consumidor almeja e deposita.

Como consequência o CDC acolheu tal teoria, assim corrobora CAVALIERI reza:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. (CAVALIERI, 2019. p. 308)

Assim sendo, não é obrigatório que surja a ideia que apenas o risco por si só faça nascer a responsabilização, é preciso nos ideais de Cavalieri que haja uma violação

também de um dever jurídico correspondente (CAVALIERI, 2019, p. 313), ou seja, que a segurança proporcionada pela empresa fornecedora seja maior que o risco. Por esse prisma, tem-se que a Teoria do risco de mesmo modo tem suas raízes no princípio romano *neminem laedere*, que dita que todas as pessoas devem, pois, serem cautelosas e diligentes, adotando-se como referencial um dever de cuidado objetivo definido socialmente.

À vista disso, é manifesto que na atualidade há uma carência de posicionamentos doutrinários e decisões do judiciário convergentes, quanto à aplicação da teoria do risco do empreendimento em face da incidência da responsabilização objetiva aos fornecedores em casos de fraudes nas relações de consumo virtuais.

As compras realizadas por intermédio da internet são guiadas a partir do CDC como também pelo Decreto nº 7.962/13, que trouxe um papel importante de complemento ao código, pois abrangeu regras para maior transparência e segurança da compra e venda no meio virtual. Nesse sentido, fica cristalino que o avanço do consumo foi impulsionado ainda mais quando foi inserido no cenário virtual, entretanto também foram configuradas novas formas de fraudes com o intuito de obter vantagem econômica através do consumidor.

Em suma, tais fraudes na maioria dos casos podem ser entendidas no Judiciário e na doutrina como falta no dever de segurança, e em outros casos ser entendidas pelas mesmas figuras apenas como falta no dever de cuidado do próprio consumidor, que vale salientar é figura frágil da relação.

Discorre Cavalieri:

Mesmo sendo desconhecido os riscos do desenvolvimento não são escusáveis, pois o fornecedor responde por eles independente de culpa. Essa Categoria de risco tem por substrato o efeito de concepção que dá causa a um acidente de consumo por falta de um sistema de segurança adequado. Portanto, devem ser classificados como um fortuito interno, não exonerando a responsabilidade do fornecedor, posto que, fazem parte integralmente de sua atividade. (CAVALIERI, 2019, p. 162, 163)

Também, segundo a Lei nº 13.853/19 mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é imposto que os fornecedores aparentes devem assegurar a segurança dos dados pessoais do titular através de precauções adequadas, bem como se ocorrer dano ao agente por motivo de irregularidade no serviço de segurança de dados oferecido poderá sobrevir a incidência de sanções.

Segundo dados da ABCom houve um crescimento de 26% do e-commerce em 2021, assim nota-se que é de grande importância a prestação de um serviços com padrões adequados de qualidade e segurança, pois o acesso de dados pessoais ultrapassa o simples poder de escolha do indivíduo, ferindo o direito fundamental à privacidade, sendo necessário mecanismo de proteção desses dados (OLIVEIRA, 2017, on-line).

Ocorre que, o posicionamento do Tribunal do Estado do Tocantins, interpreta que quando há casos de fraudes em site de compras online existe uma grande parcela de culpa exclusiva da vítima e assim enseja a quebra do nexo causal e há o afastamento da responsabilidade em indenizar embasado em excludente de responsabilidade (TJ-TO – AC: 00309596320198270000, Relator: Etelvina Maria Sampaio Felipe).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO C.C. INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR SE CONFUNDE COM O MÉRITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPRA DE CELULAR PELA INTERNET. CARACTERIZAÇÃO DE FORTUITO EXTERNO. DEMONSTRAÇÃO DE \“PHISHING\”. FRAUDE VERIFICADA. NEXO DE CAUSALIDADE ROMPIDO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. A questão de ordem preliminar, aventada pela parte apelante, de ilegitimidade passiva, em verdade, confunde-se com o mérito do próprio recurso, razão pelo qual nessa condição será analisada. 2. Tratando-se de relação consumerista, responde objetivamente o fornecedor do serviço pela reparação dos danos causados, ficando incumbido, ainda, de provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. 3. Caso concreto em que a autora comprou um celular smartphone no valor bem abaixo do mercado e sem se atentar aos costumeiros alertas divulgados na mídia, tais como somente efetuar compras diretamente no site oficial da empresa e nunca através de links recebidos por e-mail ou rede social. 4. Devidamente comprovada a culpa exclusiva da vítima a ensejar a quebra do nexo causal e, por consequência, afastar a responsabilidade em indenizar (Art. 14, § 3º, II, CDC). 5. Apelação cível conhecida e provida. Sentença reformada.(TJ-TO - AC: 00309596320198270000, Relator: ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE)

Portanto, tem-se que a jurisprudência entendida e embasada para as decisões de 1º grau da justiça do Tocantins não ampara de forma integral os reflexos advindos da

Teoria do Risco do Empreendimento, bem como a responsabilização objetiva referente ao controle de qualidade e segurança de produtos e serviços em casos de fraudes em sites de compras.

Cavaliere expõem que:

Non se pode dar ao Código do Consumidor uma interpretação retrospectiva, que consiste, na perfeita lição de Barbosa Moreira, em interpretar o direito novo À luz do direito velho, de modo a tornar o novo tão parecido com o velho que nada ou quase nada venha a mudar . (CAVALIERI, 2019, p.17)

Partindo desse prisma, o Decreto nº 7.962/13, têm o propósito análogo para assegurar e expandir a segurança na relação de consumo que se dá na esfera virtual, assim sabe-se que tais leis e decretos mais específicos foram introduzidos no direito Brasileiro para haver o desenvolvimento de um interpretação mais atual, contudo ainda há barreiras para essa implementação de interpretações mais contemporâneo no Tribunal do Tocantins.

4. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO MORAL E MATERIAL AO CONSUMIDOR QUANDO HÁ INJUSTA RELAÇÃO DE CONSUMO NO E-COMMERCE

Como discorrido tem-se que o consumidor é a parte mais vulnerável em relação a figura do fornecedor aparente, e desse modo não pode haver a transmissão da responsabilidade total decorrentes dos riscos que a operação mercantil proporciona. Através desse prisma, é evidente que no âmbito da relação consumerista há um sentimento de segurança que é apresentado aos consumidores, pois esses levam em consideração que os fornecedores seguem em todos os seus termos o princípio da segurança e da prestação adequada de serviço, assim são levados a crer que aos fornecedores tornam o comércio virtual como meio totalmente seguro.

Sabe-se que em todas as conexões de consumo deve haver o respeito aos princípios norteadores, entretanto deve salientar também que o uso de um meio virtual pode levar a uma perda de significado ou de eficiência do princípio da boa-fé através dos fornecedores e como isso há defeito na relação consumerista.

Assim, desde a vigência das leis de proteção ao consumidor sabe-se que o desequilíbrio entre os polos é significativo, e com o desenvolvimento do comércio virtual tal desequilíbrio ficou ainda mais intenso, pois o consumidor é compelido a projetar toda sua confiança na ideia de que o fornecedor embasa.

Ademais, no ordenamento pátrio em seu Código Civil há previsto em seus artigos 186 e 187 que aquele que comete o ato ilícito em desfavor de alguém, tem o dever de reparar:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002, Art. 186 e Art. 187).

Destarte, como explicitado a responsabilização do fornecedor decorre da Teoria do Risco do Empreendimento e do princípio da segurança, logo sabe-se que quando transcorre a violação do dever de segurança na relação consumerista há um dano que algum dos polos do liame será obrigado suportar injustamente.

Leciona Cavalieri nessa linha que:

O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a *justiça distributiva*, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual. (CAVALIERI, 2019, p. 308).

Portanto, sabe-se que a partir da contratação interativa realizada pelo meio virtual, o fornecedor aparente deveria em todas as esferas apresentar uma prestação de serviço suficiente e dotada de segurança em todos os aspectos, entretanto é notório que há casos ajuizados no judiciário que tem como matéria de direito e de fato a insuficiência de tal prestação de serviço, o que vem a ocasionar a omissão da segurança ao consumidor, com o nexo de injusta relação o que faz advir como resultado a sensação de insegurança imposta à figura hipossuficiente.

Vale salientar, que em tal contratação todos os pontos são definidos pelo fornecedor e o consumidor apenas se vale da aceitação e do pagamento. Isto posto, em muitos casos pode ocorrer fraudes no meio dessas compras e até o presente momento

há decisões divergentes dos juízos de primeiro grau, em relação ao Tribunal de Justiça do Tocantins, bem como nos posicionamentos doutrinários a respeito da responsabilização do fornecedor aparente em tais casos.

Segundo Nelson Nery, em seu artigo há :

No que respeita à responsabilidade civil, a regra geral do CDC é a da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade, que é absolutamente incompatível com o sistema da responsabilidade subjetiva, com culpa, regra geral do Código Civil (art. 159)³. Logo, é inaplicável às relações de consumo o sistema da responsabilidade com culpa do Código Civil. O regime da responsabilidade objetiva do CDC deve aplicar-se, de conseguinte, a todas as hipóteses de relação de consumo quando surgir a questão do dever de indenizar o consumidor pelos danos por ele experimentados. Isto porque o fundamento da indenização integral do consumidor, constante do art. 6º, VI, do CDC, é o risco da atividade, que encerra em si o princípio da responsabilidade objetiva praticamente integral [...]. (NERY, 1992, p. 58)

Também, mostra-se que seria imprescindível que houvesse ao menos uma mitigação da teoria do risco do empreendimento para que assim fosse consagrado de maneira justa a partir do caso concreto a responsabilização pelo fato do serviço oferecido ao consumidor não ser suficiente para cessar com o número crescente de fraudes associadas aos sites de compras.

Como defente Leonardo Roscoe Bessa:

Nesta espécie de responsabilidade, também denominada responsabilidade por acidente de consumo, a preocupação básica é no sentido de que os produtos e serviços lançados no mercado de consumo sejam seguros: não ofendam a saúde, segurança, direitos da personalidade e patrimônio do consumidor. (BESSA, 2018, p. 35)

Bem como, no Art. 23 do CDC é claro quando diz que : “Art 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade” (BRASIL, 1990) desse modo, o posicionamento de que o consumidor deve sofrer sozinho o ônus quando houver sido vítima de fraude nos sites de compra online que decorre na maioria das vezes por falha na prestação do serviço pelo fornecedor, não corrobora com o demonstrado na lei fundamental .

CONCLUSÃO

Diante de todo supracitado, verifica-se que o Código de defesa do Consumidor foi promulgado com o intuito de equilibrar a balança entre os sujeitos da relação de consumo, e assim ensejar um cenário com uma equidade mais definida. Desse modo, seus artigos e seus preceitos sempre foram pautados nesse ideal a ser seguido, tendo desse modo como regra principal a responsabilização diferente da trazida pelo Código Civil, qual seja na modalidade objetiva atrelada à Teoria do Risco do Empreendimento.

Também, com a evolução do mundo virtual, sabe-se que houve um número elevado de migração da cultura do consumo para os sites, pois a maior comodidade foi um grande aspecto impulsionador ocasionando portanto, a necessidade de maiores suprimentos legais para fazer valer e embasar de maneira justa as novas relações de consumo nascidas, tal como o Decreto nº 7.962/13.

Partindo desse prisma, desenvolveu-se também na mesma esteira a incidência de fraudes inseridas em tais sites contudo, sempre foi pacificado que as mesmas leis de consumo impostas às lojas físicas também são seguidas nas compras no ambiente virtuais. Destarte, não houve uma pacificação doutrinária a respeito até que ponto é inserida a responsabilização objetiva do fornecedor entretanto, o Tribunal do Estado do Tocantins tem o entendimento contrário aos princípios norteadores da vulnerabilidade do consumidor.

Importante salientar que permitir que tal ilícito ocorra resulta no fato de preceito fundamental do CDC e das leis mais específicas sejam deixadas em segundo plano, qual seja a proteção à figura mais vulnerável, bem como a não aplicação da sanção ao fornecedor garantida de supressão da responsabilidade objetiva fará com que tal figura não mais observe o oferecimento de um serviço dotado de segurança, excluindo assim de maneira injusta qualquer efeito pedagógico a eles .

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). **LEI Nº 8078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 10 out.de 2020 .

BRASIL, Código Civil (2002), **LEI Nº 10.406, De 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 out. de 2020.

BRASIL. Decreto **número 7.962, De 15 de Março de 2013**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2013/decreto-7962-15-marco-2013-775557-publicacaooriginal-139266-pe.html> . Acesso em 08 out. de 2020.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de direito do consumidor**. Grupo GEN, 5. Ed, São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/cfi/6/10!/4/2/4@0:0> . Acesso em 03 set.2020.

E-commerce brasileiro deve crescer 26% em 2021, aposta Ebit|Nielsen. E-Commerce Brasil. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/ebitnielsen-e-commerce-brasil-2021/>>. Acesso em: 4 Maio 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo:Atlas, 2007.Disponível em : <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522490653/cfi/0!/4/2@100:0.00> . Acesso em 15 set.2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência**. 4 . ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. Disponível em : xxxxx . Acesso em 20. nov.2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**.

16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em : <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608546/cfi/0!/4/2@100:0.00> . Acesso em 03. set. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro : Responsabilidade civil**. 14. ed, São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608553/cfi/0!/4/4@0.00:56.5>. Acesso em 11 set. 2020.

BESSA, Roscoe Leonardo. **Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor**. Revista Jurídica da Presidência, 2018 .V. 20. N. 120.Disponível em : <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1747/1238>>. Acesso em: 01 May 2021.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4 . ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Disponível em :
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3857563/mod_resource/content/0/MARQUES%2C%20Cl%C3%A1udia%20Lima%20-%20Contratos%20no%20C%C3%B3digo%20de%20Defesa%20do%20Consumidor%20-%20P.%20251-334.pdf . Acesso em 09 set. 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.3, p. 44-77, set./dez. 1992, p. 58

OLIVEIRA, TASSYARA ONOFRE DE. Gestão de dados pessoais: uma análise de casos concretos a partir do ordenamento jurídico brasileiro. **Ufpb.br**, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/9770>>. Acesso em: 05 Abril 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS. **Tribunal de Justiça do Tocantins TJ-TO - Apelação Cível : AC 0030959-63.2019.8.27.0000**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790099476/apelacao-civel-ac-309596320198270000/inteiro-teor-790099479>>. Acesso em: 4 Maio 2021.

O TRABALHO INTERMITENTE FRENTE AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE DA CONVENCIONALIDADE DA NOVA FIGURA LABORAL DE TRABALHO INTERMITENTE E SUA ADERÊNCIA À LEI TRABALHISTA

DARLAN POLICARPO:

Bacharelado em Direito no
Centro Universitário UNA

ISABELLA GUERRA FERREIRA

(coautora)

CAMILA LINHARES

(Orientadora)

RESUMO: Com o advento da promulgação da Reforma Trabalhista por meio da Lei 13.467/2017, houve a inserção de diversas modalidades de trabalho em nosso ordenamento jurídico, dentre elas a modalidade de trabalho intermitente, que até o momento inexistia de maneira regulada na legislação trabalhista brasileira. O referido instituto jurídico se pauta sob o vínculo de emprego com jornada e salários variáveis, decorrentes da demanda do empregador, e teve como principal justificativa legislativa a regulação dos trabalhos outrora informais, com intuito de reduzir os índices de desempregos no Brasil. O objetivo do presente trabalho, portanto, é realizar uma análise da modalidade de trabalho intermitente no Brasil, seja tanto do ponto de vista do empregado, bem como do empregador. Utilizando como parâmetro os princípios e garantias fundamentais estabelecidos pela lei trabalhista. A metodologia utilizada neste estudo se deu por método dedutivo, pesquisa bibliográfica e exploratória, sobretudo à legislação 13.467/2017 e a Medida provisória, nº 808/2017.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de Trabalho, Contrato de Trabalho Intermitente, Lei nº 13.467. Medida Provisória nº 808/2017, Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: With the advent of the enactment of the Labor Reform through Law 13,467 / 2017, there was the insertion of several types of work in our legal system, among them the type of intermittent work, which until now did not exist in a regulated manner in the labor legislation. The referred legal institute is based on the employment link with working hours and variables, resulting from the employer's demand, whose main legislative justification was the regulation of formerly informal jobs, with the aim of reducing unemployment rates in Brazil. The objective of the present work, therefore, is to carry out an analysis of the mode of intermittent work in Brazil, both from the point of view of employment, as well as that of the employer. Using as a parameter the fundamental principles and guarantees of the

labor law. The methodology used in this study was done by deductive method, bibliographic and exploratory research, above all to the legislation 13.467 / 2017 and the Provisional Measure, nº 808/2017.

KEYWORDS: Employment Contract, Intermittent Employment Contract, Law No. 13,467. Provisional Measure No. 808/2017, Labor Reform.

Sumário: Introdução 1. Análise Histórica 2. 2.1 Evolução do Direito do Trabalho. 2.1.1 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. 2.2. Reforma trabalhista: aspectos gerais da Lei nº 13.467/17. 2. 3. Novas figuras laborais contemporâneas. 3. Princípios norteadores do direito do trabalho e garantias fundamentais. 4. Elementos caracterizadores da relação de emprego. 4.1. Contrato de emprego. 5. O contrato de Trabalho Intermittente. 5.1. Conceito. 5.1.1 Características legais. 5.2.1. Requisitos. 5.2.2. Convocação para prestação dos serviços. 5.2.3. Multa pelo não atendimento à convocação. 5.2.4. Remuneração e forma de pagamento. 5.2.5. Férias. 5.2.6. Previdência social. 5.3 Da aplicabilidade do contrato de trabalho intermitente aos trabalhadores domésticos e rurais. 5.4 Cessação do contrato de trabalho intermitente. 6. Considerações Finais. 7. Referências. Revisão Bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos o trabalho tem sido o fator econômico de maior importância do país, e em razão disso, a cada mudança proporcionada pela contemporaneidade, a legislação trabalhista necessita acompanhar todo este desenvolvimento. Partindo desta ideia, surgiu a lei nº 13.467/2017, promulgada em 13 de julho de 2017 e vigente a partir de 11 de novembro de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, com intuito de inovação e modificação de algumas formas de relações laborais no Brasil.

A fim de flexibilizar as formas de contrato e regulamentar o trabalho informal, fora instituída na lei 13.467/2017, uma nova modalidade laboral, o contrato de trabalho intermitente, regulamentando esta modalidade de trabalho sob vínculo de emprego. Com base na disposição da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), em seu artigo 443, §3º, o contrato de trabalho intermitente poderá ser definido da seguinte forma:

§3.º — Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 1943)

A justificativa para a inserção da nova modalidade na legislação, seria com propósito de redução do desemprego no país, além da proteção aos trabalhadores que se

enquadram nesta posição. Entretanto, se tratando essa de uma legislação considerada “nova” em nosso ordenamento jurídico, poderão surgir eventuais lacunas ou divergências no que tange a lei e o objetivo em que essa se propôs.

O objetivo deste estudo é analisar a legislação acerca do trabalho intermitente, introduzida pela Lei nº 13.467/2017, tanto pelo viés do empregado quanto do empregador, a fim de verificar sua aderência aos princípios e garantias fundamentais trabalhistas.

Para tanto, ao decorrer do artigo, aprofundamos à princípio em uma análise histórica no ramo trabalhista, contextualizando a evolução do Direito do Trabalho, a reforma traga pela Lei nº 13.467/2017, e quais foram as figuras laborais da atualidade. Em um próximo viés, aprofundamos nos princípios e garantias fundamentais trabalhistas, a fim de trazer um comparativo de sua aderência ao contrato de trabalho intermitente. Após, o artigo trás elementos, conceitos e características do contrato de emprego e trabalho intermitente. Por fim, fez-se uma análise crítica no que tange ao objetivo do artigo, seguido de considerações finais.

2. ANÁLISE HISTÓRICA

2.1 Evolução do Direito do Trabalho

Antes de se falar do trabalho intermitente como nova modalidade trabalhista inserido no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário um esforço histórico do Direito do Trabalho, enquanto ciência jurídica autônoma. Não obstante, o Direito do Trabalho se constitui como um complexo de institutos, princípios e normas jurídicas resultantes de um contexto histórico específico (Barros, 2012, p.89).

As origens do Direito do Trabalho remontam sobretudo ao movimento da primeira Revolução Industrial, iniciada em 1760, em que se deu o início da formação do pensamento de consciência de classe, concentrada, sobretudo, na massa de trabalhadores, que viria no futuro se tornar o movimento operário. O Direito do Trabalho, portanto, teve seu surgimento, não por meio de ações estatais no primeiro momento, mas dos anseios da própria classe operária.

Convém destacar, no entanto, que o Direito do Trabalho não teve sua gênese somente em razão da Revolução Industrial tão somente, ao revés, houveram fatores coadjuvantes que atuaram como balizadores das primeiras noções de direitos trabalhistas e condições humanizadas de trabalho, como por exemplo a ação de pensadores progressistas que defendiam a ideia de que era necessário a atenção estatal sobre as causas operárias. Concomitantemente, difundiam-se novas doutrinas econômicas e sociais, doutrinas da Igreja e doutrinas socialistas, bem como o socialismo de Estado difundida

pela Escola Clássica de Lassale e Wagner, que pressionavam o poder público vigente a se atentar aos problemas da classe operária em condição de vulnerabilidade frente às grandes industriais, com anseio de uma mudança na postura de não intervenção adotada pelo Estado Liberal. Pensamentos estes, que conforme prelecionam Gomes e Gottschalk (2002, p.1 -2) não teriam sido inspirados sem que houvesse os impulsos iniciais da classe operária.

Há na doutrina histórico-trabalhista autores que afirmam que o surgimento do Direito do Trabalho teve como antecedentes: o liberalismo político; o maquinismo; a concentração de capitais e de massas humanas; as lutas de classes e suas consequentes rebeliões sociais, como por exemplo as revoluções de 1848 e 1871 na França e de 1848 na Alemanha, bem como os livres acordos de grupos econômicos e profissionais que regulavam entre patrões e operários; e a guerra de 1914 – 1918 cujo fim em 1919 conferiu ao Direito do Trabalho uma posição definitiva no ordenamento jurídico internacional.

2.1.1 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil, por sua vez, a origem do Direito do Trabalho teve como principal antecedente a Lei Áurea, a qual teve como principal objetivo dar fim ao regime trabalhista escravagista no país, e possibilitou a o surgimento de novas formas laborais, e dando início às relações de emprego. (DELGADO, 2016, p. 110).

Outros autores da doutrina trabalhistas, como por exemplo Nascimento e Nascimento, acrescentam que a evolução do Direito do Trabalho no Brasil foi fruto de fatores internos e externos. Dentre os quais destacam-se as transformações ocorridas na Europa, com a difusão do pensamento social na Alemanha.

Não obstante, tem-se ainda como fator preponderante os pactos internacionais firmados pelo Brasil, ao se juntar à Organização Internacional do Trabalho, criada pelo tratado de Versalhes em 1919. Os fatores internos, que por sua vez, mais influenciaram a formação do Direito do Trabalho brasileiro são: o movimento operário, em que houve a participação de imigrantes com inspirações anarquistas, marcados por inúmeras greves no início do século XVIII e início do século XIX.

Tem-se ainda, como fator interno que contribuiu para a formação do Direito do Brasileiro, as políticas de industrialização instituídas por Getúlio Vargas em 1930, e por fim a promulgação da Carta Magna em 1988.

Maurício Godinho Delgado (2016, p. 111), preleciona que a formação do Direito do Trabalho no Brasil pode ser dividida em três períodos, sendo que o primeiro, denominado manifestações esparsas, de 1888 a 1930, é caracterizado como o momento histórico em que havia um movimento operário, ainda sem organização. Em razão da pouca organização, a classe trabalhadora não tinha grande capacidade de exercer pressão sobre

os poderes para criação de Direitos, o que ocasionava uma ausência de dinâmica legislativa intensa e contínua por parte do Estado em relação aos Direitos Sociais e Trabalhistas. Sendo que durante este período houveram a promulgação de um número irrisório de normas trabalhistas que conferissem garantias à classe trabalhadora, a exemplo do Decreto de nº 1.162/1890 que alterava a redação do Código Criminal, fazendo que com que a conduta de greve deixasse de ser criminalizada, tipificando somente as que se constituíssem com violência ou grave ameaça.

O segundo momento de formação do Direito Trabalhista no Brasil, denominado como fase de oficialização do direito do trabalho, possui como marco inicial a criação do Ministério do Trabalho em 1930 e em 1943 a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943. Esta fase é caracterizada principalmente, pelas profundas transformações do Direito do Trabalho, sobretudo em seu aspecto coletivo, ocorridas durante o governo de Getúlio Vargas, e se estenderam significativamente até a promulgação da Constituição Federal em 1988. No entanto, é mister destacar que o modelo jus trabalhista permaneceu intocado pelas alterações feitas durante o governo de Getúlio Vargas.

O terceiro período da formação do Direito do Trabalho brasileiro, ocorre com a promulgação da constituição cidadã em 1988, em que o modelo jus trabalhista vigente foram alvos de questionamentos, sobretudo, durante o processo de formação da constituição que abarcava uma gama de direitos sociais para os empregados urbanos e rurais dentre os quais se destacam a extensão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ao trabalhador rural, a fixação do salário mínimo nacionalmente instituído, o estabelecimento dos pisos salariais, a redução da carga horária de 48 horas semanais para 40 horas semanais, e ainda, a majoração da remuneração de férias em 1/3.

Assim, os principais marcos que contribuiram para a formação do Direito brasileiro, sendo eles:

- I) Em 1930 iniciou-se a institucionalização do Direito do Trabalho, conhecida como a Era Vargas, em que foi pautada pela intensa atividade legislativa e administrativa, e ainda em seus primeiros 15 anos a forte intervenção do Estado no setor trabalhista;
- II) Em 1931 houve a promulgação do Decreto nº 19.770, em que se criou uma estrutura oficial baseada em um sindicato único, em que a legislação trazia consigo a regra de que os Estatutos dos Sindicatos deveriam obrigatoriamente ser aprovado pelo Ministério do Trabalho o que impossibilitava a coexistência de mais de um sindicato de categoria trabalhista oficial;

- III) Em 1932 foi editada a primeira norma trabalhista que regulamentava o trabalho feminino: O Decreto nº. 21.471, que proibia o trabalho da mulher no período noturno. Ainda neste ano foram criadas as convenções coletivas, a criação da CTPS, e o primeiro texto legal que tratava do trabalho do menor que estabeleceu a idade mínima de 14 anos para ingresso no mercado de trabalho, mantidos pelas constituições de 1937 e 1946;
- IV) Em 1934 foi promulgada oficialmente a primeira Constituição Brasileira que tratou especificamente do Direito do Trabalho, contendo, em seu art. 121, garantias que asseguravam a liberdade sindical, o salário-mínimo, jornada de trabalho de oito horas de trabalho, a proteção do trabalho das mulheres e menores, o repouso semanal e as férias remuneradas. Destaca-se por fim, que esta mesma constituição foi a responsável por romper com estrutura sindical, prevendo a pluralidade e autonomia dos sindicatos. Em 1934, foi o ano em que o registro de trabalho na CTPS tornou-se obrigatório. Em 1936 foi instituído o salário-mínimo visando garantir a dignidade do trabalhador;
- V) Em 1937 em razão do golpe de um golpe de Estado, tem-se o retrocesso dos direitos e garantias até então estabelecidos, com a revogação da constituição de 1934 e retomou o modelo de sindicato único, hierárquico e subordinado ao Ministério do Trabalho. Não obstante, a referida carta constitucional adotou a greve como uma postura nociva à produção e antissocial proibindo tanto o direito de greve quanto a interrupção da produção ou da prestação de serviços pelo empregador;
- VI) Tem-se em 1939 a criação da Justiça do Trabalho com o intuito de solucionar os conflitos provenientes das demandas trabalhistas mediante a edição de normas e julgamentos;
- VII) Em 1943 foi publicada a CLT por meio do decreto 5.452 que representa o principal diploma infraconstitucional trabalhista brasileiro, sendo que a CLT representou a reunião de todos os dispositivos trabalhistas vigentes a época em um único diploma normativo. Convém destacar, no entanto, que tanto a CLT quanto a Constituição de 1946 mantiveram a estrutura sindical estabelecida pela constituição de 1937.
- VIII) Nos anos subsequentes houve pouca atividade legislativa no sentido de instituir normas jurídicas na seara trabalhista, tendo-se em 1962 a instituição da gratificação natalina, em 1964 a normatização do Direito de greve e em 1966 a criação do FTGS.
- IX) Somente em 1988 com a promulgação da Constituição da República e as emendas constitucionais subsequentes, como a Emenda nº 24/1999 e 45/2004, foi quando se teve a transição democrática das normas trabalhistas brasileiros, provenientes, quase que em sua maioria de governos autoritários. Esta, trouxe consigo, direitos e garantias inéditos no ordenamento jurídico brasileiro à época da promulgação, como o direito ao aviso prévio, licença-

maternidade de 120 dias, licença paternidade, direito ao aviso prévio e o direito de greve.

2.2. Reforma trabalhista: aspectos gerais da Lei nº 13.467/17

Com a evolução em decorrer do tempo, os processos de trabalho se modificaram, e conseqüentemente, surgiram novas figuras laborais, com o objetivo de nivelar-se a atualidade social.

Surgiu-se assim, a necessidade de adaptação das regras trabalhistas às exigências dos novos tempos e processos de trabalho. A globalização, a competitividade, a descentralização produtiva, as novas tecnologias e as crises econômicas vêm exigindo uma maior flexibilidade nas relações de trabalho, a fim de promover uma adaptação às exigências dessa nova realidade. (D'AMORIM, 2018, citando MARTINS, 2002, p.18-19).

A advinda reforma trabalhista, de 11 de novembro de 2017, tratou-se então de realizar inclusões e flexibilizações no tocante a figuras laborais. Neste cenário, a flexibilização se fez necessária, surgindo como uma possibilidade de adaptação as variações do mercado de trabalho, com objetivo de intervenção estratégica para aumento do número de pessoas empregadas.

Martins (2002, p. 25), conceitua a flexibilização das condições de trabalho como “o conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”.

A lei de nº 13.467/17, popularmente conhecida como a reforma trabalhista, foi então incorporada ao ordenamento jurídico pátrio como uma resposta ao pedido de evolução da legislação trabalhista, sendo este um anseio sobretudo da classe empregadora, tendo em vista o caráter amplamente protecionista que a CLT conferia ao empregado frente ao empregador.

O principal argumento para a necessidade da reforma dos dispositivos legais de regulamentação trabalhista, é de que seria necessária a inovação legislativa tendo em vista a data de promulgação da CLT e deste período em diante a realidade do trabalhador brasileiro evoluiu, e ao revés a norma trabalhista não acompanhou esta evolução.

A referida lei trouxe ao ordenamento jurídico novos conceitos, por óbvio, já existentes no mundo fático, no entanto, inéditos no ordenamento jurídicos, incorporando mudanças nas regras de flexibilização da jornada de trabalho, na flexibilização da

remuneração, bem como na incorporação de novas modalidades de trabalho ao ordenamento jurídico como por exemplo, o trabalho intermitente.

Para além das regulações das modalidades de trabalho, a reforma trabalhista agregou ao ordenamento jurídico brasileiro, novas regras processuais ao direito processual trabalhista, em consonância aos anseios da comunidade jurídica fazendo com que as ações trabalhistas fossem analisadas com maior rigor, tal qual o as ações cíveis, em relação aos requisitos de propositura e admissibilidade da ação trabalhista, como por exemplo, a instituição da litigância de má-fé ou ainda a prescrição intercorrente.

2. 3. Novas figuras laborais contemporâneas

Conforme explanado, neste contexto, a Lei nº 13.429/2017, que alterou alguns dispositivos da Lei nº 6.019/74, surge com intuito de flexibilização, trazendo alguns novos modelos de contratação de emprego.

Um dos modelos introduzido pela nova lei, é o contrato por tempo indeterminado. Se caracterizando como aquele que possui data para início e término antecipadamente, visto que seu prazo de duração é combinado entre empregado e empregador no momento de contratação.

Também, conforme a Lei nº 13.429/2017, temos o contrato de trabalho temporário, previsto originalmente na Lei nº 6.019/74, a qual conceitua o trabalho temporário como: "aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços".

Dentre as modalidades excepcionais de trabalho destaca-se, ainda, o trabalho em regime de tempo parcial, criado por meio da Medida Provisória nº 2.164-41 de 24 de agosto de 2001, a qual alterou a CLT, incluindo a regulamentação do trabalho a tempo parcial. Segundo o art. 58-A da CLT, "considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais". Entretanto, a recente Lei nº 13.429/2017, estendeu o regime a tempo parcial para o máximo de 30 horas semanais. (D'AMORIM, 2018)

Uma outra modalidade, bem característica da atualidade, é o contrato de teletrabalho, também conhecido como *Home Office* ("escritório em casa"). A referida modalidade contratual veio a ser formalizada e regulamentada com a promulgação da Lei nº 13.467/2017, propiciando uma maior segurança para empregados e empregadores que utilizam deste meio de trabalho. (D'AMORIM, 2018)

O conceito de teletrabalho está descrito no artigo 75-B da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, de acordo com o qual:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (BRASIL, 1943)

Além das modalidades supracitadas, a Lei nº 13.467/2017, introduziu o contrato de trabalho intermitente, a qual trouxe relevantes mudanças ao ordenamento jurídico. Tal contrato, principal objeto do presente trabalho, será apresentado e discutido posteriormente.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DO TRABALHO E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Com o desenvolvimento da justiça do trabalho no Brasil, surgiram as leis trabalhistas, que foram verificadas de acordo com a Constituição Federal de 1988 e seus princípios. De um modo geral, as regras são baseadas em princípios, principalmente no que diz respeito ao direito do trabalho, onde temos uma relação em que há uma parte hipossuficiente, qual seja dos trabalhadores e, portanto, deverá haver um caráter protecionista por parte da Justiça do Trabalho, onde se encaixam os princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Sendo os princípios os norteadores dos operadores do Direito, com a CLT criaram-se princípios próprios. Ressaltada a relevância que possui um princípio, a CLT, em seu artigo 8º, expõe com clareza que na falta de disposições ou existência de lacunas o legislador poderá arguir-se dos princípios de Direito do Trabalho para supri-las.

Assim, iremos explicar alguns dos princípios de maior relevância da esfera trabalhista, sendo eles: o princípio da proteção; princípio da irrenunciabilidade de direitos; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade; princípio da boa-fé e princípio da intangibilidade. Não deixando de salientar a existência dos demais princípios que se baseiam o Direito do trabalho.

Inicialmente, o princípio da proteção tem por finalidade assegurar uma maior proteção jurídica ao empregado economicamente hipossuficiente, para afinal alcançar uma igualdade proporcional entre os sujeitos da relação de emprego. Este princípio poderá ser entendido como um princípio de equiparação formal entre os sujeitos da relação de emprego, irradiando sua teleologia para os demais princípios. (BARROSO e TEIXEIRA, 2009, p.60)

Por sua vez, o princípio da irrenunciabilidade, corresponde ao postulado segundo o qual o empregado não pode se indispor dos direitos trabalhistas previstos no sistema normativo, por serem estes indisponíveis e assegurados em normas de ordem pública, imperativas e inderrogáveis, tornando assim inadmissível a renúncia do empregado aos direitos que lhe são assegurados. (BARROSO e TEIXEIRA, 2009, p.60)

A CLT, em seu artigo 442, define que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. O que caracteriza o princípio da continuidade da relação de emprego, presumindo que o vínculo trabalhista entre empregador e empregado permaneça, em decorrência do contrato estipulado. Este princípio visa a preservação do emprego. Segundo

Mauricio Godinho Delgado:

"(...) informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições sob a ótica obreira – de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade." (DELGADO, 2008)

O princípio da primazia da realidade, estabelece a real verdade sobre os fatos sobre qualquer contrato formal, devendo conter todos os elementos fáticos jurídicos da relação de emprego, posto que deverá ser trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. (SILVA, 2018, p.20)

Assim, segundo Mauricio Godinho Delgado:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato [...] o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação (DELGADO, 2010, p. 193).

No contexto do princípio da razoabilidade este, por sua vez, corresponde ao postulado que estabelece a prevalência da razão dentro do âmbito das relações trabalhistas, definindo a consagração da racionalidade dentro da esfera laboral. (BARROSO e TEIXEIRA, 2009, p.60)

Já o princípio da boa-fé, na esfera trabalhista, representa a suposição segundo a qual os sujeitos da relação de emprego, o empregado e o empregador, atuam de forma leal dentro da seara das suas obrigações contratuais. Ambas as partes do contrato de trabalho, portanto, devem cumprir o respectivo pacto de boa-fé. (BARROSO e TEIXEIRA, 2009, p.60)

Em relação ao princípio da intangibilidade, podemos auferir que este garante ao trabalhador a proteção o seu salário, evitando reduções. Onde o trabalhador exerce o direito de recebimento a contraprestação a que faz jus, de maneira segura, não se sujeitando a oscilações econômicas ou a remuneração a vontade do empregador. Este princípio é preceito fundamental, garantido pelo art. 7º, inciso VI, da CF/88.

Feito as explanações acerca de alguns dos princípios que regem a legislação trabalhista, cumpre ressaltar que sistematicamente podem ocorrer alguns pontos de conflito, ou incongruências lógicas no que tange a interpretação das inovações legislativas tragas pela lei n.º 13.146. Isso se dá em decorrência de o Direito do Trabalho ser uma legislação delicada, que se baseia na Constituição Federal.

Além, insta salientar que o direito do trabalho é consagrado pela Constituição Federal como direito social incluso no título “Direitos e Garantias Fundamentais”. Nesse sentido, a legislação trabalhista é protegida pelo direito constitucional (através dos princípios fundamentais e direitos sociais) que dá ao trabalhador a garantia de trabalho digno além de valores jurídicos, políticos, econômicos e sociais. (SILVA, 2018, p.21)

4. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Para além dos princípios norteadores do Direito do Trabalho, existem ainda elementos que caracterizam a relação de emprego propriamente dita, onde para que haja a caracterização de relação empregatícia faz-se necessário que estejam presentes alguns destes fundamentos, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, alteridade, não eventualidade e subordinação.

I) **Pessoalidade:** A pessoalidade, diz respeito à impossibilidade da transferência da obrigação de prestar o serviço sob o qual foi submetido o contrato de trabalho. O

empregado deve ser pessoa física e a prestação dos serviços deve ser personalíssima, de maneira que o empregado não pode ser substituído em suas atribuições laborais, sendo este o motivo pelo qual o empregador escolhe seus empregados.

II) Onerosidade: A onerosidade, por sua vez está diretamente ligada à contraprestação devida pelo empregador ao empregado em razão dos serviços prestados. Sendo que o é dever do empregado de prestar os serviços para os quais fora contratado, e o do empregador de pagar por eles, de maneira que o empregado desempenha a função na medida em que é remunerado por ele.

III) Alteridade: Constitui tão somente a determinação de o empregador assumir os riscos da atividade econômica por ele desenvolvida. Sendo assim, o empregado está alheio às dificuldades financeiras ou econômicas que o empregador eventualmente tenha de enfrentar e deve receber seu salário independentemente da dificuldade ou condição do empregador. Neste mesmo sentido, corrobora a Consolidação das Leis Trabalhistas em seu art. 2º ao conceituar o empregador: "Considera-se empregadora a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".

IV) Não-eventualidade: Para que se caracterize a relação de emprego, a prestação de serviços deve ser contínua e eventual. É importante, no entanto, destacar que a CLT não aborda o trabalho diário como não eventualidade, mas trata como não eventual o trabalho permanente e habitual. Sendo assim, o labor não precisa ser prestado todos os dias da semana, mas deve ser frequente e de trato sucessivo, podendo ser, por exemplo, semanal, quinzenal ou mensal. Ainda, é importante salutar, que a não eventualidade é uma condição intrínseca ao próprio conceito de empregado abordado pela legislação trabalhista em seu art. 3º, que assevera: "Considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

V) Subordinação: Por fim, tem-se como último elemento caracterizador da relação de emprego a subordinação, que está diretamente ligada à condição de empregador. Sendo ele quem define o período e a maneira como serão executados os serviços prestados. No mesmo sentido preleciona Amauri Mascaro Nascimento (1989, p.103), "A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na "situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará"

4.1. Contrato de emprego

Após discorrer sobre os elementos caracterizadores da relação de emprego, faz-se necessário considerar sobre o contrato de emprego propriamente dito. Sendo que o conceito legal do referido instituto jurídico-trabalhista está insculpido no art. 442 da CLT, que o conceitua da seguinte maneira: o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Este conceito, no entanto, é alvo de algumas críticas doutrinárias sob a alegação de que o legislador fora equivocado ao denominar o contrato de trabalho, quando na verdade, designa o que seria o contrato de emprego, alegando que muito embora o contrato não corresponda à relação de emprego, tem o condão de criar esta relação jurídica. No intuito de dirimir a questão, Barros (2012, p.185) propõe o seguinte conceito:

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 um salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo". Barros (2012, p.185)

Sendo assim, faz-se necessário evidenciar os elementos do contrato bem como suas classificações.

No que diz respeito aos elementos que compõem o contrato de emprego, estes coincidem com os da relação de emprego, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, alteridade, não-eventualidade e subordinação. Repita-se à exaustão que para a caracterização do contrato de emprego, bem como da relação de emprego, é necessário que estejam presentes todos os elementos cumulativamente, tendo em vista que na ausência de um deles, transforma-se o contrato em outro tipo.

Em relação às características, a teoria dos contratos assevera que o contrato de emprego pode ser classificado das seguintes maneiras:

- I) Típico ou nominado: que diz respeito ao contrato de emprego que é tipificado em lei;

II) Personalíssimo: Conforme abordado anteriormente, diz respeito a impossibilidade de o empregado se fazer representar por outra pessoa na prestação do serviço, sendo que as características pessoais do prestador de serviço são levadas em consideração no momento da celebração do contrato;

III) Oneroso: A ideia de onerosidade advém da necessidade de que o trabalho seja remunerado, ou seja, que exista uma contraprestação por parte dos sujeitos, sendo essa a principal característica que diferencia o trabalho remunerado do trabalho voluntário;

IV) Informal: O contrato de trabalho informal, ou não solene, em regra é o contrato de emprego que dispensa formalidades e não é necessariamente vinculado às formas específicas, sendo que o mesmo pode ser firmado verbalmente ou ainda de maneira tácita. A mera execução dos serviços, nos ditames consoantes às características próprias ao contrato de emprego são suficientes para configurar o ajuste;

V) De trato sucessivo: A ideia da caracterização por trato sucessivo traz à tona o contrato de emprego que se realiza por meio de prestações sucessivas do trabalho, ou seja, não se esgotam com a execução de um único ato, não podendo ser instantâneo ou por prazo determinado;

VI) Comutativo: O contrato de emprego é comutativo, tendo em vista que ele produz direitos e obrigações equivalentes, sendo assim, as prestações são conhecidas desde o início da contratação;

VII) Sinalagmático: Decorre da noção de que em razão do princípio da autonomia da vontade, as partes se obrigam reciprocamente à prestação da autonomia da vontade, obrigando-se reciprocamente à prestação e contraprestação. Sendo que este é dotado de direitos e deveres equivalentes, a exemplo de fazer a obrigação, de prestar o serviço está intrinsecamente ligado à obrigação de pagar um salário.

VIII) Principal: O contrato de emprego existe em função de si mesmo, sendo que é independente de qualquer outro contrato complementar.

5. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Dentre as mudanças trazidas pela reforma trabalhista, o contrato de trabalho intermitente é uma das novas regras incorporadas à legislação brasileira, alterando as condições de emprego no país. O objetivo desta reforma seria a modernização e flexibilização da legislação trabalhista, sendo neste cenário de flexibilidade que nasceu o contrato de trabalho intermitente.

5.1. Conceito

Por meio da Lei nº 13.467/2017, substancialmente em seus artigos 443 e 452-A, encontra-se regulamentada o contrato de trabalho intermitente. Como conceito, o §3º do art. 443, da CLT considera trabalho intermitente como:

“Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

(...)

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”

Assim, o trabalho intermitente pode ser caracterizado como a prestação de serviços não contínua, embora seja subordinada. Sendo um contrato por tempo indeterminado sem dias de trabalho prescritos. Podendo ser alternados períodos de prestação de serviços com períodos de inatividade, os quais podem ser de horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador. Desta forma, nesta modalidade de relação de trabalho, existe a constituição de um vínculo empregatício, porém havendo a remuneração do empregado de acordo com o tempo em que é efetivamente convocado para trabalhar. (D’AMORIM, 2018)

O contrato de trabalho intermitente parte da premissa de que o trabalhador deva ser chamado de acordo com a solicitação do empregador, e pago de acordo com o tempo o qual o serviço fora efetivamente prestado. Portanto, neste tipo de contrato, o trabalhador fica à disposição do empregador aguardando a chamada para o serviço. Cumpre ressaltar que esta modalidade permite que o trabalhador, durante o seu período de inatividade, possa prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços utilizando o contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho. (D’AMORIM, 2018)

5.1.1 Características legais

Ao passar a prever a possibilidade de trabalho intermitente, a CLT, em seu Art. 448-A, trouxe sua regulamentação, regularizando a forma deste contrato.

5.2.1. Requisitos

Em relação aos requisitos para celebração do contrato, o artigo 452-A da CLT, incluído pela lei nº 13.467/17, estipula que o contrato de trabalho intermitente deverá ser por escrito e conter detalhamento a respeito do valor da hora de trabalho, não podendo este ser inferior ao valor hora do salário-mínimo ou aquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

Devendo também ser registrado na CTPS do empregado a ser contratado, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva. Em relação a referida anotação na CTPS do empregado, a MP nº 808/17 dispõe que esta deverá conter, necessariamente:

- I) identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes;
- II) valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário-mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12; e
- III) o local e o prazo para o pagamento da remuneração.

5.2.2. Convocação para prestação dos serviços

Conforme conceituado, nesta modalidade de contratação haverá a convocação do empregado pelo para o trabalho a ser desempenhado. Segundo a CLT, o empregado deverá ser convocado por qualquer meio de comunicação que seja eficaz, obedecendo a antecedência mínima de três dias, sendo a ele informado da jornada a ser cumprida. Assim, após receber a convocação o empregado terá o prazo um dia útil para atender ou não à demanda, onde o silêncio será presumido como recusa.

Baseando-se no parágrafo 3º do artigo 452-A da CLT, nesta modalidade contratual, a recusa da prestação dos serviços não descaracteriza a subordinação inerente ao vínculo de emprego. Cumpre ressaltar, que a legislação também não explicita quantas vezes o trabalhador poderia recusar à oferta de trabalho, deixando uma lacuna não preenchida. (D'AMORIM, 2018)

5.2.3. Multa pelo não atendimento à convocação

Após aceita a oferta, a parte em que descumprir o acordo, sem um justo motivo, deverá indenizar a parte contrária, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, multa no valor de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, podendo esta ser recompensada no mesmo prazo de 30 (trinta) dias. Vejamos conforme artigo 452-A, § 4º da CLT:

“Art. 452-A, § 4º - Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.”

Tal contexto, gerou algumas discussões acerca da legalidade da multa, onde alguns autores sustentam ser tratar de cláusula leonina, ou injusta, visto pelo viés de hipossuficiência da parte trabalhadora.

5.2.4. Remuneração e forma de pagamento

O contrato celebrado entre as partes, deverá estabelecer o valor da hora de trabalho, não podendo esta ser menor que o valor/hora do salário-mínimo vigente, ou ao salário pago a empregados do mesmo estabelecimento que exerçam a mesma função, sendo em contrato intermitente ou não.

Além, por ser uma modalidade de trabalho intermitente, caso não houver a prestação do serviço por um período, não haverá pagamento. Não sendo este período de inatividade considerado como tempo à disposição do empregador, já que o trabalhador poderá prestar serviços a outros empregadores.

Com relação ao pagamento, a CLT em seu artigo 452-A, § 6º e 7º, assegura que:

“Art. 452-A, § 6º: Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º: O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo”.

Assim, conforme elencado no parágrafo 6º do artigo 452-A, o empregado receberá de imediato as seguintes parcelas: remuneração, férias proporcionais acrescidas de 1/3,

décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais. Ademais, o recibo de pagamento deverá ser fornecido pelo empregador, contendo a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas devidas. O recolhimento das contribuições previdenciárias próprias do empregado e o depósito do FGTS deverão ser efetuadas pelo empregador, com base no período pago ao empregado, comprovando por meio de comprovante o cumprimento das obrigações. (D'AMORIM, 2018)

5.2.5. Férias

Ao que diz respeito as férias, o contrato de trabalho intermitente garante ao empregado usufruí-las a cada doze meses, nos doze meses subsequentes, de um mês de férias. Desta forma, enquanto o empregado estiver em gozo de férias, ele não poderá ser convocado para a prestação de serviços pelo mesmo empregador. (D'AMORIM, 2018)

Assim estipula a CLT, em seu Art. 452-A, 9º:

“Art. 452-A, § 9º: A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador. ”

Destaca-se que a legislação, apesar de prever que o empregado não poderá, em seu período de férias, prestar serviço para o mesmo empregador, nada veda para com relação a prestação de serviços para outros empregadores.

Conforme supracitado no item “5.2.3.”, e previsto no parágrafo 6º do artigo 452-A, o empregado receberá quando de seus pagamentos, o valor de suas férias proporcionais acrescidas de um terço.

5.2.6. Previdência social

A CLT, em seu parágrafo 8º do Art. 452-A, estipula o seguinte:

“Art. 452-A, § 8º: O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. ”

Desta forma, a legislação estabelece que o empregador deverá efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do tempo de serviço, na forma da desta lei.

5.3 Da aplicabilidade do contrato de trabalho intermitente aos

trabalhadores domésticos e rurais

É importante destacar que para além da modalidade de trabalho convencional, existem ainda métodos de trabalho que tem tratativa diferenciada pelo legislador trabalhista, sendo eles os trabalhadores domésticos e os trabalhadores rurais.

Sendo que se faz necessário a análise do modelo de trabalho intermitente aplicado aos trabalhadores domésticos, bem como aos trabalhadores rurais.

5.3.1 Trabalhadores domésticos

Desde a promulgação da Lei 13.467/2017, denominada reforma trabalhista, muito se discute pela comunidade jurídica sobre a possibilidade da aplicação do modelo de trabalho intermitente aos empregados domésticos, no entanto, o tema não é alvo da atenção da doutrina.

Ao se debruçar sobre a legislação que regulamenta o trabalho doméstico, é possível aperceber-se sobre a existência de dois grandes posicionamentos sobre o referido tema.

Em análise a alteração trazida pela reforma trabalhista é possível constatar que há a possibilidade da aplicação da referida modalidade contratual, sob o argumento de que há omissão da Lei Complementar nº 150/2015, sendo a lei que regula o contrato de trabalho doméstico, aplica-se de maneira subsidiariamente a CLT, e conseqüentemente a Lei de nº 13.467/2017, que alterou diretamente a CLT, prevê a modalidade de contrato de trabalho intermitente, e por conexão permitindo que os trabalhadores domésticos, também sejam submetidos ao contrato de trabalho intermitente.

Ao revés, há ainda a interpretação de que o referido modelo contratual não é aplicável, pois há a incompatibilidade entre institutos, tendo em vista que enquanto o contrato de trabalho intermitente subsiste pela prestação de serviço não contínua, havendo a alternância de períodos, e prestação de serviços e de inatividade laboral, o contrato de trabalho doméstico se caracteriza sobretudo pela prestação de serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou família, no âmbito residencial por mais de dois dias por semana.

Portanto, é possível auferir que no primeiro momento a modalidade de contrato intermitente não é aplicável a todos os trabalhadores doméstico, sendo que este seria somente aplicável a alguns trabalhadores que realizam o trabalho no âmbito residencial que não trabalhe acima de dois dias na semana, a exemplo dos diaristas, cuidadores de idosos e folguistas.

5.3.2 Trabalhadores rurais

Tal qual os trabalhadores domésticos, os trabalhadores rurais também têm seu contrato de trabalho regulado por legislação específica, a saber a Lei de nº 5.889/73.

De acordo com o art. 2º da lei supracitada, conceitua-se empregado rural como “toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste mediante salário”.

Sendo assim, aos trabalhadores rurais aplicam-se as normas da CLT de maneira subsidiária, no que a legislação do trabalho rural for omissa.

Portanto, à primeira vista a possibilidade da aplicação do modelo de trabalho intermitente ao trabalhador rural existe, sendo que a aplicação do referido contrato de trabalho no âmbito rural é de se julgar útil tendo em vista a maneira esporádica como ocorre o trabalho, a exemplo em produções agrícolas por safra.

Faz-se necessário, no entanto, destacar que para além do campo teórico da aplicação do trabalho intermitente ao trabalhador rural, o mundo fático difere das ideias do legislador, tendo em vista as dificuldades inerentes ao trabalho rural, onde no primeiro momento em que o empregador rural não tiver sua convocação para o trabalho, ele deverá procurar outras formas de subsistência sob pena de permanecer sem salário. É importante destacar, também que o trabalho rural envolve fatores para além do econômico, como por exemplo os fatores climáticos, que não raro influem na produção rural, e se aplicado o trabalho intermitente, influirá também na demanda de trabalho.

Para além disto, não se pode olvidar também que a comunicação na sociedade rural não segue os moldes urbanos, e por vezes pode se tornar empecilho na convocação do empregado ao cumprimento das demandas, sendo que será mais um fator para que o trabalhador fique sem o salário devido.

Portanto, é necessário fazer uma ponderação fático-jurídica sobre a aplicação do contrato de trabalho intermitente ao trabalhador rural, em razão do risco de a inovação jurídica tornar-se maléfica a este trabalhador do ponto de vista de salarial, e por consequência em sua própria subsistência.

5.4 Cessaçã do contrato de trabalho intermitente

O contrato de trabalho intermitente é considerado rescindido quando decorrido o prazo de um ano sem que se tenha ocorrido qualquer convocação do empregador ao empregado, podendo se contar a partir da data da celebração do contrato, da última convocação, ou ainda do último dia da prestação do serviço, considerando-se o mais recente. Sendo que a referida determinação legal foi trazida pela MP de nº 808/17, com

intuito de solucionar a omissão da reforma trabalhista, que nada previa quanto aos trabalhadores que estivessem fora do exercício do trabalho.

Foi trazida também pela referida Medida provisória os termos da rescisão do contrato e cálculos de verbas rescisórias, conforme art. 452 da CLT, no entanto ela deixou de produzir efeitos em abril de 2018, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional, de modo a trazer certas peculiaridades quanto ao término do contrato de trabalho intermitente.

De maneira que as verbas rescisórias, com exceção das hipóteses de falta grave por qualquer das partes, quando rescindidos o contrato de trabalho intermitente eram calculadas da seguinte maneira: eram devidas metade do aviso prévio indenizado, calculado com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho, metade da indenização sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, conforme parágrafo 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre a importância de quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros e demais verbas trabalhistas em sua integralidade.

Sendo que os contratos de trabalho intermitente, celebrados durante a vigência da Medida provisória 808/17, poderão seguir seus termos por período indeterminado, ainda que nos incisos I, II e III do art. 452-A não exista óbice em se fazer constar as informações no contrato de trabalho intermitente, tendo em vista que o intuito é fazer garantia aos diretos e obrigações das partes.

Para sanar as lacunas deixadas pelo fim da vigência da MP 808/2017, foi editada a portaria 349/218 que dispõe que os contratos de trabalho intermitente serão celebrados de maneira escrita e registrados na Carteira de Trabalho e Previdência Social -CTPS.

O cálculo de rescisão por sua vez deverá ser levado em consideração a média da remuneração dos últimos 12 meses ou durante a vigência do contrato de trabalho se este for inferior a 12 meses, para fins de cálculo de férias, pagamento das contribuições da previdência social ou FGTS.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme evidenciado ao longo deste artigo, o contrato de trabalho intermitente fora introduzido pela legislação brasileira com a finalidade de estabelecer um melhor vínculo jurídico entre empregado e empregador, trazendo segurança jurídica, além da expectativa de diminuição no índice de desemprego no país. Sua formalização possuía o intuito principal de: formalizar a situação de trabalho irregular (chamados de “bicos”);

permitir a flexibilização da mão-de-obra; permitir que o empregado mantenha vínculo empregatício com mais de uma empresa; utilização da mão-de-obra apenas quando há demanda para tal; e assegurar que o empregado receba todas as verbas legais. Entretanto, após sua legalização, surgiram diversos questionamentos a respeito das obscuridades e lacunas que esta modalidade contratual portava, além dos conflitos entre as garantias e princípios que protegem o empregado. Analisando pelo aspecto legal, podemos auferir que a legislação cumpriu seu papel de regularização de uma modalidade de trabalho que já se colocava como habitual na sociedade, porém ainda não regulamentada. Em outro viés, em alguns aspectos, a legislação deixa uma lacuna no que diz respeito à proteção do empregado nas relações empregatícias, visto o empregado ser a parte mais vulnerável em relação ao empregador.

Apesar do contrato de trabalho intermitente possuir um regime jurídico próprio e diferenciado dos demais, podemos concluir que esta modalidade contratual configura relação de emprego legal conforme os requisitos da Consolidação das Leis Trabalhistas. No entanto, levando em consideração se tratar de uma legislação relativamente nova, existem diversas lacunas e pontos na legislação que serão sanadas ao longo do tempo, na medida em que surgirem conflitos gerados pelas relações de emprego, a lei deverá ajustar-se para se adequar a realidade trabalhista.

No que diz respeito às características do contrato de trabalho intermitente enquanto contrato de emprego, é possível concluir que muito embora o contrato de trabalho intermitente preencha alguns dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, o referido contrato tende a se tornar uma exceção jurídica quanto à formalização deste enquanto relação de emprego. No entanto, é mister destacar que a adoção de um contrato de trabalho enquanto relação de emprego não é suficiente ao cumprimento da função social do trabalho, de maneira que este deva ser economicamente viável com objetivo de garantir a subsistência do empregado, não sendo essa uma característica preponderante no contrato de trabalho intermitente.

Verifica-se, portanto, que a incorporação do contrato de trabalho intermitente no ordenamento jurídico-trabalhista traz consigo pontos positivos e negativos de maneira que por um lado há uma redução formal dos contratos de trabalhos informais, de maneira que o contrato de trabalho intermitente permite à mais profissionais a assinatura de CTPS, garantindo o básico de Direitos Trabalhistas e previdenciários. No entanto, somente a tratativa formal de profissionais empregados não é suficiente para a construção de relações de emprego sadias, sendo que o contrato de trabalho intermitente formaliza a precarização do emprego na relação de empregado-empregador de maneira que àquele pode muitas das vezes ter sucateados direitos em nome da continuação da relação empregatícia.

Além, a flexibilização das relações de trabalho deve ter efeito sobre ambas as partes da relação de emprego, posto que a relação de emprego é bilateral. Desta forma, a

legislação trabalhista bem como seus princípios, devem proteger os interesses do trabalhador, efetivando relações de trabalho justas. Todavia, o contrato de trabalho intermitente apresenta algumas incompatibilidades jurídicas frente aos princípios, ferindo no que tange a proteção ao trabalhador. Em análise, podemos constatar alguns pontos de conflito em relação a esta modalidade versus princípios garantidores, como: o fato de que a atividade é exercida apenas por algumas horas, sem previsão de continuidade; autonomia do empregador fazendo com que o valor ofertado pelo serviço possa ser de baixo custo; trabalho sob demanda gerando menor necessidade de fontes de trabalho; inconstância do valor remuneratório, dentre outras características. Afetando, em relação aos princípios trabalhistas, o princípio da proteção; o princípio da continuidade da relação de emprego e o princípio da intangibilidade.

Portanto, com a análise do referido trabalho pode-se concluir que muito embora a inserção do trabalho intermitente tenha se dado de maneira legal e democrática no ordenamento jurídico, faz-se necessário analisar as demais variantes com pensamento crítico sobretudo no que tange aos profissionais alvos do referido contrato de maneira a não sucatear os Direitos Trabalhistas já adquiridos. Neste esteio, concluímos que não obstante as reduções do trabalho informal no Brasil, o trabalho intermitente muitas vezes é conflitante ao caráter protetivo aos trabalhadores, tanto no que diz respeito ao sucateamento de Direitos Trabalhistas, quanto a questões previdenciárias, sendo necessário uma análise crítica quanto à aplicação do trabalho intermitente.

Cumprе ressaltar que o presente artigo não possui a pretensão de esgotar o assunto, nem mesmo apresentar novos procedimentos de avaliação para esta esfera. A intenção é levantar algumas situações-conflito, bem como verificar a pontos de integração ao que diz respeito do contrato de trabalho intermitente e as e sua aderência legislação, princípios e garantias fundamentais trabalhistas.

7. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Nayara. Reforma Trabalhista: **Contrato Intermitente e fim da MP 808**. Disponível em: <<https://www.advogatech.com.br/blog/@NayaraAzevedo/reforma-trabalhista-contrato-intermitente-e-o-fim-da-mp-808-port.-3492018-sr00y3b>> Acesso em: 20 de abr. de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 13467**, de 13 de julho de 2017. Estabelece a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Brasília, DF, n.134, 14 jul. 2017. Seção I, p. 1677-7042.

CUSTODIO, Fidel Erculino Rhodes(2019). **Contrato de trabalho intermitente e o emprego rural: reflexos na aposentadoria por idade**. Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka. 2019 p.25. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/68053>. Acesso em: 16 de abr. de 2021.

CHWEITH, Samira Zeinedin, DA SILVA, Larissa, Weger (2018). O contrato de trabalho intermitente à luz da reforma trabalhista. **Revista UniCuritiba**, v. v. 3, n. 24 (2019), p12. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4068/371372379>. Acesso em 20 de abril de 2021.

D'AMORIM, Mariana Correia. C. (2018). **O contrato de trabalho intermitente**. Orientador: Professor Dr. Luciano Martinez. 2018. p. 68. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26304>. Acesso em 03 de março de 2021.

DE SOUSA, D. T., CARVALHO, F. W., & FROTA, J. O. (novembro, 2018). **Conflitos existentes no trabalho intermitente e os princípios do direito do trabalho**. Sobral -CE: ANAIS do III Encontros Acadêmicos da Faculdade Luciano Feijão.

Matos, B. S., Santos, G. T., Dutra, R. Q., & França, T. B. (18 de maio de 2020). **O Contrato de Trabalho Intermitente: Limites Constitucionais e Jurisprudenciais. Intermittent Employment Contract: Constitutional and Jurisprudential Limits**, p. 87. Disponível em: <https://revistalaborare.org/index.php/laborare/article/download/49/32>. Acesso em 18 de abr. de 2021.

Martins, A. A. (2009). **O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009**. I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, 32.

PEREIRA, Beatriz Gonçalves. **Trabalho intermitente: aspectos controvertidos no ordenamento jurídico brasileiro** <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-167/trabalho-intermitente-aspectos-controvertidos-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>> acesso em 20 de abr. de 2021.

SILVA, Diana. Cezar. (2018). **TRABALHO INTERMITENTE: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**. p. 42. Orientador: MSc.Tobias Damião Corrêa (2018). TCC (Graduação). - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5349/Diana%20Cezar%20da%20Silva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 18 de abr. de 2021.

TEIXEIRA, T. S. BARROSO, F. T. (Setembro, 2009). **Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral.** Rev. TST, Brasília, vol. 75.

MÉTODOS ADEQUADOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

LUIZ ANTÔNIO JOSÉ DA SILVA JÚNIOR:
bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(coautor)

RESUMO: Os métodos adequados de tratamento de conflitos vêm colaborando com a efetivação do acesso à ordem jurídica justa, partindo de uma concepção mais amplificada dentro do poder judiciário e a percepção das partes quanto ao resultado mais vantajoso, no Estado Democrático de Direito se debate as possibilidades de melhorias ao efetivo acesso à justiça de forma mais humana, com mais equidade para as partes, a real necessidade de dar mais acesso a uma ordem justa se deu a partir do texto constitucional protecionista da dignidade humana, tendo como referência a análise empírica de diversos doutrinadores e estudiosos do tema. Metodologia aplicada: análise bibliográfica confrontando os pontos mais relevantes a fim de realizar uma abordagem sistêmica sobre o assunto proposto.

Palavras-chave: Acesso, Conflitos, Direito, Métodos, Justo.

ABSTRACT: *Appropriate methods of handling conflicts have been collaborating with the effective access to a fair legal order, based on a broader conception within the judiciary and the parties' perception of the most advantageous result, in the Democratic State of Law, the possibilities of improvements to effective access to justice in a more humane way, with more equity for the parties, the real need to give more access to a just order took place from the protectionist constitutional text of human dignity, with reference to the empirical analysis of various scholars and scholars of the subject. Applied methodology: bibliographical analysis confronting the most relevant points in order to carry out a systemic approach on the proposed subject.*

Keywords: *Methods, Conflicts, Access, Fair, Self Composition.*

1. INTRODUÇÃO

Os métodos adequados de tratamento de conflitos fazem parte do contexto necessário para a efetivação do acesso das partes a ordem jurídica justa, permeando essa pesquisa por diversos prismas, desde o contexto legal a estrutural do sistema judiciário, o surgimento do direito a ordem jurídica justa, passando pelas necessidades de atualização da máquina estatal no tratamento dos conflitos.

Diante da problemática destacada neste trabalho científico, onde nos deparamos com a situação do sistema judiciário não está conseguindo agir de forma eficaz e eficiente nos processos judiciais, sendo a sentença judicial, por vezes, ineficaz para ambos os lados, tanto pelo decurso temporal alongado, assim como o desgaste psicológico e financeiro.

Desta forma, procurou se através de uma pesquisa referencial apontar os maiores fatores relacionados aos métodos adequados de tratamento de conflitos ao pleno acesso a uma ordem jurídica justa, conforme o texto constitucional solicita, em relação aos direitos sociais, realizando um paralelo ao longo do tempo até chegar a números de processos judiciais atualmente.

Junto com os novos métodos de tratamento de conflito, vieram outras formas de dar mais legitimidade à ordem jurídica justa, como a modernização do sistema judiciário, não só na sua estrutura física, através das tecnologias, mais também em como se vê o processo como um todo, mudando o pensamento na condução da lide, dando mais foco para a pacificação entre as partes, a criação de novas ferramentas e possibilidades para as partes realizarem uma composição entre si, sem interferência direta do poder judicial, como os fóruns multiportas, que possibilita uma adequação da lide ao melhor método para cada problemática, podendo as partes ajustar os moldes e assim dando mais foco na resolução pacífica, sendo mais justo para as partes, combatendo assim novas lides futuras ou recursos intermináveis em processo comum judicial.

Outro ponto abordado no referenciado trabalho, está relacionado a como os métodos adequados de tratamento de conflitos está agindo para modificar a cultura do litígio judicial, sendo que nossa sociedade se habituou a ser beneficiada da morosidade do sistema judicial, pela demora a se chegar a uma sentença e os inúmeros recursos possíveis.

Diante da necessidade de se ter uma legislação específica sobre os novos métodos adequados de tratamento de conflitos, o novo Código de Processo Civil de 2015, trouxe nos seus artigos a obrigatoriedade da audiência preliminar dentro do processo judicial, abordando também as possibilidades de composições a qualquer momento entre as partes.

Serão abordados aspectos relevantes sobre o direito constitucional ao acesso à ordem jurídica justa dentro de um viés necessário e uma aproximação da pacificação social entre as partes em uma situação conflituosa, onde o poder judiciário tem trabalhado no sentido de dar mais possibilidades de resoluções, ampliando assim as portas, criando mecanismos de auxílio, sendo abordado ainda como os métodos adequados de tratamento de conflitos tem contribuído para se modificar a cultura do litígio judicial, e como esses métodos estão sendo consolidados após a instituição dos dispositivos legais dentro do CPC/15.

2. O DIREITO AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Em nosso ordenamento a tutela jurisdicional deve ser tratada na medida das suas desigualdades, o poder judiciário tem o dever de respeitar os direitos individuais e as garantias constitucionais, uma vez que esse é o seu papel como representante do Estado nos conflitos e pendências existentes dentro do convívio social.

A dignidade humana é inviolável, respeitá-la e protegê-la é dever constitucional, o acesso a uma ordem jurídica justa faz parte das obrigações sociais do Estado, todas as autoridades assim como a sociedade devem trabalhar em conjunto para que a justiça chegue de forma igualitária, efetiva e célere a população, independentemente de classes sociais (TARTUCE, 2016).

O acesso à justiça em nosso sistema jurídico também é conhecido como o princípio da inafastabilidade do conteúdo jurisdicional, decorrendo do inciso XXXV do Art. 5º da nossa Constituição Federal (BRASIL, 1998).

Primordialmente o Ordenamento judiciário deve ser acima de tudo justo, pois sendo ele injusto e mesmo assim se permitir o acesso à justiça, seria dupla injustiça, então desta forma o melhor seria negar o acesso à justiça (WATANABE, 2019).

No que pese a sociedade está evoluindo, ainda assim é muito latente a cultura da sentença judicial, a sensação de segurança por recorrer à figura estatal e muito forte entre os litigantes, que apesar do longo tempo de espera, além de altos custos com o processo judicial, o que se percebe é que após a criação dos Estados modernos, a população passou a acreditar cada vez mais que o método mais adequado para solucionar seus conflitos seria o oferecido pelo Estado, uma vez que dentro de um processo judicial, a figura do juiz é investido pela jurisdição dada pelo Estado, ele detém o monopólio e o poder de decisão de quem tem razão e a quantificação do valor a ser indenizado ou ressarcido pela parte perdedora, todavia as necessidades da parte autora acaba por não ser satisfeita totalmente, uma vez que a efetividade não foi atendida, pela demora temporal do processo, sendo desta forma um processo doloroso para ambos os lados, haja vista a quantidade de recorribilidade processual, sendo um ciclo quase que infinito, ampliando ainda mais o tempo de resolução processual (PELEGRINI 2010).

Com a edição da resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010, passou assim o judiciário a ter uma maior investidura no âmbito de políticas de métodos adequados de resolução de conflitos, uma maior pacificação entre as partes, sendo tratados como um direito do jurisdicionado, o poder judiciário tem o dever de oportunizar as partes encontrem uma solução mais viável e amigável, pois além de um papel julgador, sobretudo o Estado tem um papel pedagógico e protetor das relações sociais (VASCONCELOS, 2008).

Em nosso ordenamento, desde o império já se existia uma tentativa de dar mais acesso à justiça, e uma melhor forma de resolver os conflitos, haja vista que já em 1824, foi instituído a figura do juiz de paz, com um dispositivo regendo que ninguém deve ter acesso a justiça sem antes ter tentado a reconciliação, todavia quando veio a República esse dispositivo foi revogado nas primeiras constituições, somente nas constituições de 1934 e 1946 que veio expressamente o acesso à justiça, a evolução do acesso à justiça decorrente da constituição se materializou na criação dos juizados especiais, já na década de 1980, percebeu-se que uma certa parcela da população estava sendo excluída do acesso ao judiciário, quem não tinha condições de ter um advogado não podia ter o direito respeitado pela jurisdição estatal, uma vez que não havia a defensoria pública, havia assistência do Estado mais muito deficiente (MOREIRA, 19898).

Ficou expressamente registrado na nossa constituição atual que o Estado deve assegurar assistência jurídica integral a todos os necessitados, esse foi o principal avanço no que se fala em acesso a uma ordem jurídica justa (WATANABE, 2019).

Desta forma, o acesso pleno ao poder judiciário e acima de tudo a uma ordem jurídica justa se tornou prioridade dentro das necessidades a serem alcançadas pelo Estado, onde se busca não só o resultado final da lide, mais uma pacificação entre as partes, agindo mais a fundo no problema, tratando com igualdade e dignidade aqueles que necessitam resolverem suas questões conflituosas.

2.1 A IMPLEMENTAÇÃO DOS FÓRUNS MULTIPORTAS PELO PODER JUDICIÁRIO

É comum as pessoas em algum momento buscar o poder judiciário para solucionar os conflitos, familiares, contratuais, entre outros, o fato é que a ideia de buscar medidas judiciais cabíveis já passou pela cabeça da maioria da população, afinal quando se pensa em um conflito se pensa logo em um processo, haja vista a quantidade de processos que o judiciário recebe todos os dias, sendo tratado como uma hiper judicialização ou até mesmo uma litigância em massa.

Segundo (MARTIN LUTHER KING, 1963, p. 43). “O ser humano deve desenvolver para todos os seus conflitos métodos que rejeitem a vingança, a agressão e a retaliação”.

Diante de todo esse cenário, será que é mesmo necessário submeter todas as nossas disputas a uma decisão judicial, porque não considerar resolver todas essas questões de forma mais adequada através de métodos mais céleres e eficazes. Surge então o sistema de justiça multiportas, e os métodos adequados de tratamento de conflitos, promovendo uma grande mudança no direito processual e ampliando o acesso à solução das mais variadas controvérsias.

Segundo, Francesco CARNELUTTI, 1953, “reside na justa composição da lide uma pretensão resistida, sendo através da sentença que o processo atingirá o seu objetivo, chamado solução moral do conflito”.

Diferente desse pensamento, o judiciário vem admitindo que a sentença judicial não pacifique os jurisdicionados, uma vez que o problema levado ao processo e uma pequena parte de um total, as soluções devem ser mais profundas, se adaptando a realidade das partes, fazendo com que o resultado final seja satisfatório para ambos os lados.

O sistema fórum multiportas proposto pelo judiciário, começa mesmo antes do novo código de processo civil, já na constituição de 1988, existem dispositivos como os juizados especiais, que tem por base a aproximação do jurisdicionado a uma ordem jurídica de forma mais humanizada, de uma maneira mais justa a realidade social, respeitando as diferenças individuais, com um conjunto de alternativas possíveis, com instrumentais necessárias para a resolução de um determinado conflito, sendo mais importante o resultado final e não qual porta será usada (TARTUCE, 2016).

Desta forma, com esse novo sistema, o poder judiciário vem estimulando a utilização de novos métodos adequados de solução de conflitos, como a jurisdição, a arbitragem, a mediação, a conciliação e diversos outros, mesmo que esses métodos já existiam como formas alternativas eram tratadas como secundários, tanto pelo âmbito jurídico, como pela população, que tem a imagem de serem métodos com menos eficácia no resultado do conflito.

Ajustar o procedimento e muito mais importante do que o processo, dar mais amplitude de possibilidades nas resoluções das lides, ficando em segundo plano a decisão judicial, e dando mais importância a composição pacífica, agindo assim em eventuais problemas futuros, pois quando se consegue um diálogo e um resultado satisfatório para ambos os lados, a chance dessas partes ingressarem novamente com a lide reduz significativamente (WATANABE, 2019).

Os métodos adequados de tratamento de conflitos têm como característica principal agir mais diretamente no problema, sendo mais eficaz e eficiente quanto às necessidades propostas.

Portanto, em uma questão familiar, por exemplo, onde se existe um afloramento do lado emocional pode se aplicar a mediação, com um terceiro moderador que irá aproximar as partes com soluções mais viáveis, dando pontuações necessárias, já em questões envolvendo relações comerciais ou contratuais temos como característica mais aplicável a conciliação, onde um terceiro imparcial não irá interferir diretamente no que foi proposto sendo ele um operador sistêmico apenas, sem interferência direta, outra via que tem uma característica extremamente adaptável e a arbitragem, uma vez que em situações com uma

complexidade maior, como exemplo uma patente de uma invenção no âmbito da engenharia, que necessita de um profissional capacitado na área para decidir sobre a lide proposta, podendo inclusive ser julgado por um colegiado de profissionais (ROBERTS & PALMER, 2005).

Ademais, o que se evidencia com a abertura de novos meios para resolução de conflitos e que a aproximação da população a uma ordem jurídica é bem maior, uma vez que a assistência fica mais personalizável, ajustando-se à realidade para o caso concreto, tratando os iguais na medida das suas desigualdades, dando paridades de armas para uma disputa justa, uma vez que o método escolhido permite que as partes definam como será o desenrolar da lide desde o seu início até chegar a um acordo viável para ambos os lados, o que não se consegue com um processo judicial comum, uma vez que essa decisão não está nas mãos das partes e sim do poder estatal julgador.

2.2 A CRIAÇÃO DE NOVOS MECANISMOS PARA AUXILIAR O ACESSO À JUSTIÇA

Com o avanço da globalização, junto com ela veio novas tecnologias e formas de se comunicar e acima de tudo agilizar atos do cotidiano, hoje em dia é impensável realizar tarefas simples sem o auxílio de um computador interligado na rede mundial, a vida se tornou digital, os aplicativos estão substituindo máquinas de auxílio ao ser humano, sempre que pensamos em acesso à justiça logo nos remete a ideia de um processo judicial, todavia a doutrina tem revelado que essa máxima não é verdadeira, uma vez que pode-se alcançar tal objetivo sem necessariamente judicializar as lides, com métodos e mecanismos corretos pode-se chegar a um resultado mais satisfatório.

De acordo com o último relatório publicado Justiça em Números 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, o percentual de processos eletrônicos passou de 30,4%, em 2013, para 83,8%, em 2018. Desta forma, o poder judiciário na tentativa de acompanhar o avanço das tecnologias, tem implementado novos sistemas e ferramentas para ajudar todos os envolvidos no processo judicial, seja na digitalização do sistema de protocolo e condução do processo, seja na melhoria das máquinas e equipamentos eletrônicos para os serventuários da justiça (BRASIL, 2019).

Diante da necessidade de dar mais amplitude social ao acesso à justiça, fez com fossem criados novos meios para auxiliar a população, assim como todos os envolvidos nos conflitos, se fazendo necessário também um trabalho em conjunto com outros órgãos, como a defensoria pública e o ministério público, que são órgãos protetoristas dos direitos difusos e individuais, esta reforma parte desde a estrutura física até o posicionamento dos envolvidos, alterando assim a visão sobre os litígios judiciais, os novos mecanismos deixaram de ser somente para o processo em si, e ultrapassaram a barreira

para o extrajudicial, agindo também de forma pacificadora entre as partes (VASCONCELOS, 2008).

Ao longo da história já se percebeu novos métodos para se solucionar conflitos, mesmo que em âmbitos informais, no mundo temos vários exemplo de países que utilizam de acordos e resoluções consensuais, como a principal forma de atuação dentro da situação conflituosa, a exemplo nos Estados Unidos da América, a composição é uma praticamente uma regra, sendo o processo judicial usado somente em casos específicos e quase sempre mesmo que a lide seja ingressada no sistema judicial, ainda assim a cultura dos acordos consensuais está enraizada em todos os envolvidos, na área civil e empresarial o percentual chega a 90 % dos casos resolvidos de forma consensual, ganhando assim tempo, economia processual e evitando uma disputa judicial desgastante para as partes (ROBERTS; PALMER, 2005).

Dentro dos inúmeros pontos a serem destacados quanto a criação de novos mecanismos para auxiliar o poder judiciário, em prestar uma assistência mais eficaz, podemos elucidar a Justiça Restaurativa, que tem por característica agir no âmbito penal, tratando como foco principal o tratamento dado à vítima e ao agressor, a preocupação está direcionada no fator psicológico da vítima após o trauma sofrido, assim como o tratamento humanizado ao se aplicar a pena ao agressor, uma vez que esse mesmo indivíduo irá retornar no convívio social, agindo assim como pacificador da relação entre o criminoso e a sociedade (SICA, 2007).

A sociedade decorre da criação da família, as relações familiares estão presentes nos conflitos diários, a relação de afetividade entre as partes e um fator preponderante dentro deste viés, desta forma como agir de uma maneira mais humanizada quando as partes têm vínculos afetivos, diante da problemática surge então o termo Direito Sistêmico, com a característica de agir na raiz do problema, que pode ser ocasionado por diversos fatores, como marcas deixadas por gerações anteriores, traumas na relação sócia afetiva entre pais e filhos, a condição de sobrevivência social, podendo levar a rompimentos familiares entre as partes, violência doméstica, abandonos, abortos, maus tratos, o direito sistêmico vê o conflito como um todo e não dividem as partes, a ideia é que elas se restabeleçam, oportunizando sempre a harmonização entre elas, sempre em busca do maior equilíbrio para as partes não se sintam prejudicadas com o resultado final (GRAÇA, 2015).

Pode se destacar ainda, a criação dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC), instituído pelo art. 8º, Res. 125/2010/CNJ, as audiências de conciliação e mediação passam assim a serem realizadas dentro dos fóruns, uma vez que esses métodos estão integrados dentro do processo judicial, sendo de fundamental importância esse suporte, tanto com pessoas capacitadas atuando como mediadores e conciliadores, assim como o espaço físico, facilitando para ambas as partes realizarem sua audiência em um local já definido.

As opções e multiplicidade, a cada dia aumentam mais para se solucionar casos conflituosos, adaptar se a essa nova realidade faz parte do novo entendimento jurídico sobre como se fazer justiça dentro do que se busca quanto ao seu direito garantido e protegido pelo poder estatal.

2.3 OS MÉTODOS ADEQUADOS DE TRATAMENTO DE CONFLITO COMO MODIFICADORES DE UMA CULTURA DO LITÍGIO

A excessiva jurisdicionalização dos conflitos, isto é, a busca pelo poder-dever de realização de justiça estatal por órgãos especializados do Estado, tem ocasionado o “congestionamento” do Judiciário, para a fim de se obter a solução por meio de sentença judicial, que nem sempre traz a paz social.

No que pese a nossa constituição ser protecionista por essência da dignidade humana, assim como os direitos civis e patrimoniais, o texto constitucional e completo quando se fala em proteção aos bens tutelados pelo Estado, direito à integridade física, moral e intelectual e, sobretudo direito a vida, a busca por justiça faz com que as partes quando pensam em proteção dos seus direitos, o primeiro impulso é procurar quem detém o poder de julgar e determinar quem está certo e quem está errado em uma disputa de interesses conflitantes (VASCONCELOS, 2008).

De acordo com CAPPELLETTI e GARTH (1988), as partes tratam por vezes a disputa como algo pessoal e deste modo a figura do Estado como polo primário para resolver esses conflitos, onde a busca por justiça é feita através de uma sentença judicial, se configurando como uma vitória não só justa mais moral e de honra.

Portanto o litígio passou a fazer parte do cotidiano social, sendo eles em escala mais graves ou mais leves, em diversos setores da sociedade, começando em âmbito familiar até nas relações comerciais ou com instituições públicas, os choques de interesses acabam por gerar danos e prejuízos.

Dentre os principais problemas existentes no acesso à justiça, estão à custas processuais, em especial nas pequenas causas, uma vez que as custas ao final acabam por serem maiores do que o valor pretendido, outro ponto está relacionado ao equilíbrio entre as partes, igualdade de poder financeiro, podendo acarretar em uma vantagem estratégica dentro do processo, ferindo assim aos princípios constitucionais, de igual importância também citam os interesses difusos individuais onde pela sua natureza não se pode corrigir lesão a um interesse coletivo (DIDIER, 2015).

Diante desta situação, qual a melhor forma de tratar esses conflitos de forma mais célere e justa, em uma sociedade emergente e que anseia por uma prestação jurisdicional

eficiente, a cultura do litígio por vezes vem sendo substituída pela ótica do melhor resultado consensual, os interesses mútuos passaram a ser olhados com mais importância do que encontrar a razão para um lado ou para o outro, através de técnicas e métodos mais eficazes se tem percebido que os resultados são mais eficientes e céleres, a auto composição entre as partes, o negocial, está cada dia mais presente no entre pessoas quando se fala em conflito, o poder jurisdicionante, percebeu então que era necessária uma alteração na forma de auxílio para as partes encontrem a melhor forma de resolução das lides, encerrando a situação conflituosa mais rapidamente e sem a necessidade de intervenção direta do poder estatal (MARINONI, 2015).

Deste modo, o foco passou a serem direcionados para uma preparação anterior ao conflito, os agentes envolvidos devem conduzir as partes para uma negociação, e buscar a solução viável para esses problemas, facilitando assim o resultado final, sendo assim o papel dos métodos adequados de resolução de conflitos se tornou fundamental dentro deste seara proposta, devendo ser a primeira escolha das partes ao se pensar em um conflito, a sensação de justiça mais efetiva, uma vez a composição foi elaborada e efetuada por eles próprios, com as regras e quantitativos aprovados por ambos os lados (TARTUCE, 2016).

Perante a modernidade atual, o tempo é um fator determinante para uma sociedade de produção em massa, o que se percebe é que a cultura do litígio não deve perdurar encontrar vias adequadas e o melhor caminho para se resolver as disputas entre as partes de forma heterocompositivas, todos têm um papel importante para que essa alteração aconteça, o foco deve ser a satisfação e pacificação das partes, advogados, serventuários, juízes e a própria população devem incentivar o acordo consensual, acreditar no melhor resultado e não pensar somente em números através de uma sentença que pode levar anos para sair e ainda não se obter o resultado pretendido, uma vez que a decisão não se ajusta as possibilidade e realidade das partes.

2.4 O CONTRAPONTO ENTRE O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Como o Estado deve fazer para respeitar os direitos constitucionais e prestar um serviço com efetividade e agilidade, a máquina judiciária não é uma força em si mesma, ela depende de um todo para exercer o seu papel perante a busca social pela justiça.

Dito pelo ex-ministro CARLOS AYRES BRITO (2016), "a razoável duração do processo é um direito fundamental do jurisdicionado e um dever do jurisdicionante, é possível a conciliar entre a agilidade e a justiça processual".

Em números divulgados no último relatório pelo Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio processual gira em média na casa dos 08 (oito) anos, isso sem contar o tempo

de julgamento na fase de conhecimento, desta forma o que se fica evidente, e que mesmo com a digitalização processual, as lides têm aumentado o seu tempo médio de resolução judicial, a prestação jurisdicional vem sofrendo um grande entrave quanto ao seu funcionamento processual, mesmo que a constituição vem expressamente regulamentando o dever do Estado em dar acesso à justiça a todos, na prática em dias atuais o que se observa é um grande número de processos empilhado nos fóruns, magistrados com 15 mil processos em sua carga, podendo levar anos até que sejam apreciados, girando na casa de 100 milhões de processos pendentes em todo o sistema judiciário (BRASIL, 2019).

Segundo o Doutor juiz de direito CLAUDIO CESAR DE PAULA (2018) “todos temos culpa na morosidade do poder judiciário, desde o legislador, os advogados das partes, as testemunhas, os serventuários da justiça, cada escala tem se um acúmulo de erros”.

A preponderância se evidencia que os litigantes são sistêmicos, alguns setores dos serviços públicos são os maiores responsáveis por esses números de processos aumentarem cada vez mais, através de setores como a receita federal, e a previdência são os maiores recorrentes como partes processuais, alguns setores privados também figuram nestes polos como os bancos e empresas de telefonia, a cultura do litígio e muito forte nestes setores, é mais fácil protelar o resultado no poder judiciário do que resolver as lides de pronto (PELEGRINI 2010).

Neste contexto, a aplicação das composições como fator principal para resolução dos processos, não é prioridade, uma vez que a intenção é usar esse tempo que está demorando como uma forma de se passar o problema adiante, tanto o setor público como privado tem esse hábito, quem erra nestes casos acaba por ser beneficiado, e quem é a vítima acaba por ser punido com a espera da tutela judicial.

Sobre as composições de lides, de acordo com o filósofo alemão Friedrich Nietzsche (1875 p. 630, apud ARBIX, 2015) traz como ciência o ceticismo, segundo ele as convicções são mais inimigas das verdades do que as mentiras.

“A pressuposição de todo crente de qualquer tendência era não poder ser refutado; se os contra-argumentos se mostrassem muito fortes, sempre lhe restava ainda a possibilidade de difamar a razão e até mesmo levantar o credo quia absurdum est [creio porque é absurdo] como bandeira do extremado fanatismo. Não foi o conflito de opiniões que tornou a história tão violenta, mas o conflito da fé nas opiniões, ou seja, das convicções” (Nietzsche, Humano Demasiado Humano, 1875 §630)

Os recursos dentro do contexto judicial são um fator importante na duração média processual, uma vez que esse dispositivo está inserido em todas as fases existentes, desde a instrução inicial até a sentença expedida pelo magistrado, em nosso ordenamento, entrar com o recurso e a forma mais utilizada para aqueles que querem ganhar tempo e protelar a decisão expedida pela autoridade jurídica, no que pese a quantidade de processos ser realmente grande, os recursos quase que intermináveis fazem com que um processo judicial seja uma batalha dolorosa e demorada, dando ainda mais a sensação de injustiça para aqueles que procuram o poder jurisdicional (ALVES, 2010).

Desta forma, deparamos com a real necessidade de promoção da efetividade de justiça, e um anseio para se atender de forma efetiva as necessidades sociais, o poder estatal é apenas mais um ponto dentro da complexidade a ser debatido, onde temos várias figuras de igual importância que merece atenção para se mudar a realidade instaurada dentro da ótica processual, cada vez que se investe mais em ferramentas para melhorar o sistema judicial, o que se percebe é que o número de processos judiciais aumenta ainda mais, pois ainda existe a judicialização sistêmica, a morosidade do sistema judiciário deve ser tratada como um problema comunitário no âmbito jurídico, a conscientização de se encontrar novas alternativas sem as vias judiciais deve ser de todos.

2.5 A CONSOLIDAÇÃO DOS NOVOS MÉTODOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS PELO CPC/2015

Em uma sociedade justa e democrática, o respeito às leis é de fundamental importância, pois é através delas que se regula a vida cotidiana da sociedade, ter leis atuantes e fortes é o melhor caminho para se conseguir a paz social, combater as desigualdades e acima de tudo dar dignidade humana para as pessoas.

Os métodos adequados de tratamento de conflitos, auto compositivos, sempre foram tratados como extrajudiciais por excelência, a exemplo a mediação, a conciliação e a arbitragem, todavia com o enfoque do poder judiciário em dar mais possibilidades e alternativas para a solução das controvérsias, e com a reforma do Novo Código de Processo Civil de 2015, o tema passa a ter uma atenção maior não somente fora do procedimento processual mais sim como primeira ação do processo judicial, buscando sempre a auto composição das partes (WATANABE, 2019).

Atendendo a uma onda forte doutrinária, o Novo CPC/15, consagrou as figuras provenientes dos métodos adequados de resolução de conflitos, a conciliação tem na figura do conciliador como polo central, disposto no art. 165, § 2º agindo em casos onde as partes não existam vínculo antecedentes, podendo eles sugerirem soluções para a lide, mais sem ingerência direta nem intimidação latente para as partes, desta forma o que se percebe é que o Novo Código de Processo Civil tem a preocupação com a pacificação social entre as partes, a dispor temos também a mediação como um instituto com a

característica ainda maior de pacificação uma vez que as partes possuem vínculos entre si, por vezes até afetivos, desta forma o ponto central não é tratar a partes como adversárias, o que se busca restabelecer a comunicação, e atender as necessidades propostas pelas partes, sendo o acordo a consequência do diálogo (NUNES, 2017).

Diante da institucionalização dos dispositivos de resolução consensual dos conflitos pelo NCPC 15, ocorreu integralmente a efetividade da jurisdição estatal, uma vez que mesmo que já existia a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, normatizada pelo Conselho Nacional de Justiça, CNJ, tratando como de política judiciária, todavia os métodos eram tratados com extraprocessual, entretanto a Resolução influenciou o Novo Código de Processo Civil, e esses dispositivos legais passaram a definir as diretrizes dos órgãos do poder judiciário, assim como o procedimento do processo que passou a se exigir como primeira audiência a conciliação, como ato inicial na lide, podendo a parte autora solicitar na peça inicial a existência ou não desta audiência, caso não defina nada a regra e pelo acontecimento compulsório (MARINONI, 2015).

A dispor no seu artigo 3º, o NCPC 15 veio ratificar o que rege a CF/88, art. 5º, inciso XXXV, consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Código de Processo Civil define que o Estado sempre que possível deve estimular a solução consensual dos conflitos, sendo deveres de juízes e advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público agir de igual forma, o próprio Código também traz na sua parte inicial, a facilitação do diálogo consensual entre as partes, a fim de se conseguir a resolução de forma harmoniosa e pacífica, obedecendo ao princípio da cooperação entre si dentro do processo, observando ainda o tempo razoável e que a decisão de mérito seja justa e efetiva (DIDIER, 2015).

No que pese o novo regramento sobre os métodos adequados de resolução de conflitos terem seu caráter pacificador, ainda assim o NCPC/15 trata como atentado à dignidade da justiça a ausência injustificada na audiência de mediação ou conciliação determinada pelo juiz, uma vez que não houve negativa de ambos os lados dentro da lide, sendo passível assim de sanção processual de multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem financeira solicitada, com essa medida a intenção do poder Estatal é dar mais efetividade às audiências e com isso oportunizar o momento de diálogo entre as partes, a fim de que elas encontrem a solução pacífica.

Para tanto, os métodos adequados de tratamento de conflitos ao longo do tempo sempre teve seu papel dentro de um pensamento como alternativas de resolução dos conflitos, todavia o que se percebia era que essas opções eram vistas com descrédito pelas partes, assim como os próprios advogados, tendo um cunho informal e sem respaldo do poder judiciário, o CPC/15 veio com os métodos adequados de resolução de conflitos

instituídos dentro dos seus dispositivos legais, dando diretrizes para o rito processual, partindo sempre da composição consensual entre as partes, desta forma se deu mais legitimidade a esses métodos, alterando assim todo um entendimento de uma parcela da sociedade sobre as novas alternativas para se solucionar conflitos (MARINONI, 2015).

Ademais, mesmo que hoje em dia existam discussões doutrinárias a respeito dos novos dispositivos legais de resolução de conflitos de forma consensual pelas partes, essas medidas vieram para consolidar esses métodos, dando um novo rumo para aplicabilidade de direito dentro do contexto social necessário, aproximando assim a justiça da dignidade necessária no tratamento igualitário no tratamento da lide, sendo de primordial importância olhar para essas alterações dentro dos dispositivos legais como uma ratificação necessária por parte do Estado, dando assim mais ferramentas mesmo dentro do processo judicial para um auto composição do conflito existente.

Em nosso ordenamento pátrio, existem leis vigentes que deixam de ser aplicadas pela falta de eficácia prática dentro da sua utilização quanto ao que se propõe para regular a sociedade, o que se percebe é que na vida cotidiana das pessoas, existem leis aplicáveis e outras que deixam de serem respeitadas, uma vez que a sociedade age de forma contrária ao texto legal, muitas vezes até mesmo havendo coercividade como sanção, o senso comum ao que se define a lei deixa de existir (DIDIER, 2015)

Desta forma, o poder judiciário tem trabalhado para que os métodos adequados de tratamento de conflitos, instruídos pelo NCPC/15, dentro do processo judicial, sejam aplicados e seus resultados sejam alcançados, qual seja a pacificação social entre as partes através da resolução auto compositiva, o que o poder judiciário tem buscado e que esses novos dispositivos legais sejam eficazes e eficientes dentro do auxílio judicial oferecido, não podendo esses métodos cair em desuso pela população que procura o poder estatal para resolver as lides (TARTUCE, 2016).

Ademais, o fator humano também a de se destacar na relação dentro da condução dos métodos auto compositivos, o poder judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça, criou um centro de gestão e capacitação, investindo em cursos de conciliadores e mediadores, assim como a especialização de advogados, para auxiliarem as partes no sentido de encontrar a melhor solução de forma consensual, o diálogo e o fator mais importante dentro da seara conflituosa, a busca por um resultado pacífico e um dever de todos os envolvidos no processo, partes, procuradores, conciliadores, mediadores, juízes, serventuários, ministério público, defensores públicos, e demais pessoas que compõem a relação processual existente (MARINONI, 2015).

Igualmente, a dispor sobre os espaços físicos das comarcas que precisam se estruturar para receber essas audiências de conciliações e mediações iniciais, mesmo os grandes centros, que possuem maior recurso financeiro, encontram dificuldade em atender

a determinação legal do CPC/15, uma vez que a demanda é muito grande, são realizadas diversas audiências em diversos ramos do direito processual, exigindo uma estrutura de igual robustez, esse ponto é de fundamental importância pois o regramento dos métodos adequados de resolução de conflitos necessita que eles sejam céleres e eficientes, não podendo essa etapa se tornar mais um gargalo no lapso temporal do processo, uma vez que ao se marcar a audiência, devem todos os envolvidos ter condições necessárias para a resolução harmoniosa acontecer (WATANABE,2019)

O incentivo a câmaras de resolução consensual extrajudicial e outro ponto que o poder judiciário tem trabalhado, a iniciativa privada tem seu papel ampliado no contexto extraprocessual, os espaços oferecidos para que as audiências de mediação, conciliação e arbitragem aconteçam de forma extrajudicial tem aumentado cada dia mais, sendo tratados como uma via necessária para ampliar o sentido dado no CPC/15, quanto aos meios adequados de resolução de conflitos, agindo assim de forma mais célere, e com um baixo custo operacional tanto para as partes, quando para a máquina estatal que tem um custo alto processual para manter se funcionando dentro da jurisdição solicitada, com essas medidas ampliando assim as opções de locais para que as resoluções dos conflitos aconteçam e alcancem o seu objetivo principal, qual seja a pacificação entre as partes (VASCONCELOS, 2008).

Portanto, o poder judiciário tem encontrado muitos desafios na condução dos dispositivos legais instituídos pelo CPC/15, sendo os métodos adequados de tratamento de conflitos o foco principal dentro de uma realidade exigida em dias atuais, dando assim mais acesso e possibilidades para as partes resolverem a relação conflituosa, o poder estatal tem passado por uma adaptação de cultura processual e investindo cada dia mais em estrutura física, assim como capacitação dos agentes condutores do processo judicial, sendo essas alterações feitas de forma gradual à medida que os problemas aparecem.

3. CONCLUSÃO

Quando tratamos sobre como os métodos adequados de tratamento de conflitos tem ajudado no acesso à ordem jurídica justa, agindo assim esses métodos em diversos fatores dentro da lógica do resultado final consensual, sendo eles de fundamental importância para o sistema judiciário, além de contribuir no estímulo das partes para a promoção da autocomposição.

A compreensão deve ser geral, o empenho em aplicar as novas alternativas deve partir de todos os envolvidos, partes, advogados, e o próprio sistema judiciário que deve dar o suporte necessário para se consiga o melhor resultado para ambos os lados, pacificando assim a lide, combatendo novos ingressos e recursos, dando celeridade e, sobretudo mais justiça dentro de um contexto conflituoso.

Diante da nova realidade em resoluções das lides, uma vez que chegamos ao limite com os números de processos judiciais, não se pode mais pensar em primeiro plano no poder estatal como solução para os conflitos, deve se pensar primordialmente nos novos dispositivos auto compositivos, o ingresso no poder judicial deve ser a último aráceo dentro da seara conflituosa, adaptar o procedimento a realidade para as partes e o que está proposto em uma assistência digna pelo poder estatal junto à sociedade.

Os novos mecanismos e portas criados pelos dispositivos legais e entendimentos doutrinários, ampliam as opções em se buscar a pacificação entre as partes dentro da lide, os métodos adequados de resolução de conflitos têm um papel de aprofundar a função social do Estado dentro do sistema atual, uma vez que de forma convencional através de uma decisão judicial tem se deparado com diversos problemas crônicos, a sentença judicial meramente decide o resultado para um dos lados, todavia esse resultado não alcança a satisfação das partes, o prolongamento temporal traz a sensação de injustiça, o desgaste psicológico das partes dentro de uma disputa jurídica se torna enorme, os gastos com custas judiciais e que por vezes a depender do valor da ação também é um peso para as partes que não dispõe de recursos suficientes, o tempo acaba por diluir o resultado final.

Em outras palavras, a intensificação no sentido de uma modificação de como se resolve os conflitos entre as partes se faz necessário, uma vez que a constituição rege uma proteção aos direitos de acesso a uma ordem justa, dando mais dignidade e efetividade para as partes, não se preocupando somente em polarizar o poder de decisão na figura do Estado, o que está sendo proposta é uma abertura maior de possibilidades, permitindo com que as partes decidam entre elas o resultado que mais se adequa a suas necessidades e realidades.

Por fim, a de se considerar que os métodos adequados de resolução de conflitos têm colaborado com o acesso à ordem jurídica justa de forma efetiva, uma vez que ele está fazendo parte da modificação estrutural, cultural, e mental de todos os envolvidos, com o intuito de prestar uma assistência social e pacificar as partes, auxiliando o poder estatal e dando amplitude nos resultados dos conflitos, permitindo uma adaptação maior a cada caso em concreto, descentralizando a decisão a um único polo, com isso possibilitando uma modernização das estratégias de enfrentamento dos conflitos.

4. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO:

KAZUO WATANABE. Acesso à ordem Jurídica justa, Belo Horizonte, 01 ed. ano 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectiva no estudo do processo. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 13, n.49, p.13, jan-mar. 1988.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível na internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.> Acesso em 01 de Março de 2021

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Código de Processo Civil, 2015. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. _____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140> Acesso em 06 de Abril de 2021.

Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.> Acesso em 15 de Abril de 2021.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. In: Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2010, São Paulo, p. 663.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça 2019. Relatório Justiça em Números: Disponível in: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em 05 de Março 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias - Tecnologias e jurisdições. Tese de doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho procesal civil, v. 1. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.

ROBERTS, S.; PALMER, M. Dispute process –ADR and the Primary Forms of Decision-Making. London: Cambridge, 2009.

ALVES DA SILVA, P. E. Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro (Tese de Livre-Docência). Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2018.

NUNES, Dierle. O sistema processual brasileiro pouco se preocupa com as causas. Consultor jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/dierle-nunes-sistema-processual-preocupa-causas>>. Acesso em: 21 maio. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Editora Jus Podivm 2015.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007.

GRAÇA, Marusa Helena da. Constelações familiares com bonecos e os elos de amor que vinculam aos ancestrais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

QUILOMBO URBANO BARRANCO DE SÃO BENEDITO E ASSOCIAÇÃO CRIOULAS UMA VISÃO SOCIOEDUCATIVA

CRISTIANNE DE LIMA SEABRA PROCOPIO:

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus -CULBRA.

RESUMO: O presente artigo tem como intuito fazer uma análise a sociedade a representatividade da Associação das Crioulas do QUILOMBO URBANO BARRANCO DE SÃO BENEDITO para a Geração de emprego e renda dentro da comunidade e conquista de espaços aos trabalhos sociais e educacionais difundir a história e cultura do Quilombo a partir da produção e exposição de peças artesanais (tendo como parte da sua de sua matéria prima os materiais recicláveis). Promover palestras, cursos, e oficinas voltadas para a sociedade em geral, bem como fortalecimento da identidade cultural e difusão do conhecimento sobre a história afrodescendente, apoio escolar, saúde dessas crioulas através do apoio de políticas públicas, fazer um paralelo étnico racial e os direitos dos quilombolas, especificamente das crioulas do barranco de São Benedito que atuam diretamente na comunidade, analisando a proteção jurídica básica ao direito étnico. Compreender o direito da mulher crioula e a sua luta contra a discriminação étnica perceber as atividades educativas e sociais da comunidade como processo de luta quilombola.

Palavras Chaves: Quilombo Urbano Barranco de São Benedito. Associação das Crioulas do Quilombo Urbano Barranco de São Benedito. O empoderamento das crioulas da Associação das Crioulas do Quilombo Urbano Barranco de São Benedito

ABSTRACT: This article aims to make an analysis of the society the representativeness of the Association of Creole of QUILOMBO URBANO BARRANCO DE SÃO BENEDITO for the Generation of employment and income within the community and conquest of spaces for social and educational works to spread the history and culture of Quilombo from the production and exhibition of handmade pieces (having as part of its raw material recyclable materials). Promote lectures, courses, and workshops aimed at society in general, as well as strengthening cultural identity and dissemination of knowledge about afrodescendant history, school support, health of these creole through the support of public policies, making a racial ethnic parallel and the rights of quilombolas, specifically the creoles of the ravine of São Benedito who act directly in the community, analyzing the basic legal

protection to ethnic law. Understanding the right of Creole women and their fight against ethnic discrimination to perceive the educational and social activities of the community as a quilombola fight process.

Key Words: Quilombo Urbano Barranco de São Benedito. Association of Creole of quilombo urbano Barranco de São Benedito. The empowerment of the Creoles of the Association of Creole of quilombo Urbano Barranco de São Benedito.

1. INTRODUÇÃO

O tema do artigo foi escolhido para mostrar aos governantes e a sociedade a grande importância da **Associação Crioulas do Quilombo Urbano Barranco de São Benedito**, porém existe uma grande dificuldade para os acessos a benefícios e promoção social este grupo, no entanto este grupo tem uma trabalho de muita relevância na comunidade como por exemplo, trabalhos sociais, produção e exposição de peças artesanais (tendo como parte da sua de sua matéria prima os materiais recicláveis). Promover palestras, cursos, e oficinas voltadas para a sociedade em geral, bem como fortalecimento da identidade cultural e difusão do conhecimento sobre a história afro descendentes, apoio escolar, saúde dessas crioulas através do apoio de políticas públicas, fazer um paralelo étnico racial e os direitos dos quilombolas, especificamente das crioulas do barranco de São Benedito que atuam diretamente na comunidade, analisando a proteção jurídica básica ao direito étnico. Compreender o direito da mulher crioula e a sua luta contra a discriminação étnica perceber as atividades educativas e sociais da comunidade como processo de luta quilombola

2. DIREITOS DOS QUILOMBOLAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A proposta foi levada a debate na Assembleia Constituinte por entidades do movimento negro, que também são responsáveis por incorporar dispositivos semelhantes em algumas constituições estaduais, como as constituições dos estados do Pará, Maranhão e Bahia. A proposta foi formalmente confirmada pelo então deputado Carlos Alberto Caó (PDT-RJ) e apresentada em 20 de agosto de 1987 com o título de Emenda Volkswagen. Embora todas as constituições brasileiras desde 1934 tenham garantido os direitos dos índios à propriedade de terras, apenas a constituição de 1988 reconheceu os direitos dos quilombolas. A incorporação desse preceito constitucional reparou a histórica injustiça cometida pela sociedade escravista brasileira aos negros. A indenização se dá através do

reconhecimento dos direitos das comunidades de descendentes de ex-escravos, para que finalmente obtenham a propriedade de suas terras.

As comunidades quilombolas obtiveram garantidos também o direito à manutenção de sua própria cultura através dos artigos 215 e 216 da Constituição federal. No primeiro dispositivo determina que o Estado proteja as manifestações culturais afro-brasileiras. Já no artigo 216 as considerações do patrimônio cultural brasileiro, que deve ser promovido e protegido pelo Poder Público, os bens de natureza material e imaterial (nos quais incluem-se as formas de expressão, bem como os modos de criar, fazer e viver) dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, entre os quais estão, sem dúvida, as comunidades negras

O DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003.Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos

3. A HISTÓRIA DOS QUILOMBOS NO BRASIL

No período de escravidão no Brasil (séculos XVII e XVIII), os negros que conseguiam fugir se refugiavam com outros em igual situação em locais bem escondidos e fortificados no meio das matas.

Estes locais eram conhecidos como quilombos. Nestas comunidades, eles viviam de acordo com sua cultura africana, plantando e produzindo em comunidade.

Na época colonial, o Brasil chegou a ter centenas destas comunidades espalhadas, principalmente, pelos atuais estados da Bahia, Pernambuco, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais e Alagoas.

Na ocasião em que Pernambuco foi invadida pelos holandeses (1630), muitos dos senhores de engenho acabaram por abandonar suas terras. Este fato beneficiou a fuga de um grande número de escravos. Estes, após fugirem, buscaram abrigo no Quilombo dos Palmares, localizado em Alagoas.

Esse fato propiciou o crescimento do Quilombo dos Palmares. No ano de 1670, este já abrigava em torno de 50 mil escravos. Estes, também conhecidos como quilombolas, costumavam pegar alimentos às escondidas das plantações e dos engenhos existentes em regiões próximas; situação que incomodava os habitantes. Esta situação fez com que os quilombolas fossem combatidos tanto pelos holandeses (primeiros a combatê-los) quanto pelo governo de

Pernambuco, sendo que este último contou com os serviços do bandeirante Domingos Jorge Velho.

A luta contra os negros de Palmares durou por volta de cinco anos; contudo, apesar de todo o empenho e determinação dos negros chefiados por Zumbi, eles, por fim, foram. Os quilombos representaram uma das formas de resistência e combate à escravidão. Rejeitando a cruel forma de vida, os negros buscavam a liberdade e uma vida com dignidade, resgatando a cultura e a forma de viver que deixaram na África e contribuindo para a formação da cultura afro-brasileira.

4. A CAMPANHA ABOLICIONISTA E A ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA

A partir da metade do século XIX a escravidão no Brasil passou a ser rechaçada pela Inglaterra. Com o objetivo de ampliar seu mercado consumidor no Brasil e no mundo, o Parlamento Inglês aprovou a Lei Bill Aberdeen (1845), que proibia o tráfico de escravos, conferindo poder aos ingleses de abordarem e aprisionarem navios de países que faziam esta prática.

O Brasil, em 1850 cedendo às pressões inglesas e aprovou a Lei Eusébio de Queiróz que acabou com o tráfico negreiro. Em 28 de setembro de 1871 era sancionada a Lei do Ventre Livre que concedia a liberdade aos filhos de escravos nascidos a partir daquela data. E no ano de 1885 era promulgada a Lei dos Sexagenários que garantia a liberdade aos escravos com mais de 60 anos de idade.

Apenas no final do século XIX é que a escravidão se tornou proibida mundialmente. No Brasil, a abolição ocorreu em 13 de maio de 1888 com a publicação da Lei Áurea, feita pela Princesa Isabel.

5. COMO SURTIU O QUILOMBO DE SÃO BENEDITO.

A comunidade Barranco de São Benedito foi formada com a chegada de imigrantes do Maranhão e foi escravizada na Amazônia em 1890. Incluindo Maria Severa Nascimento Fonseca, ela foi anteriormente escravizada, com seus três filhos, Manoel, Antang e Raimundo, traziam a imagem de São Benedito. Além deles, vieram também seu amigo Felipe Nery Beckman, acompanhado de sua esposa Maroca Beckman. Depois de chegar a Manaus, eles se estabeleceram na região entre Cachoeirinha, Vila dos Ingleses e o centro de Manaus. O local era cercado por árvores e não havia saneamento básico, luz e outros serviços de água. Aos poucos, outros imigrantes maranhenses irão se instalar na mesma área para formar uma comunidade negra, originalmente chamada de colônia ou reduto negro do Maranhão. Muitos desses imigrantes vieram a trabalhar em prédios em Manaus, como a Represa do Mocó, a Ponte Sete de Setembro e o Teatro Amazonas, hoje tombados como sítios históricos. As mulheres passaram a exercitar trabalhos como Lavadeiras, passadeiras, quitadeiras, cozinheiras dentre outras, entendemos que estas experiências provam que esses grupos foram estabelecendo seus próprios Cidadania e

liberdade no período pós-abolição. Um aspecto importante da manutenção disso inclui espaços sociais compostos por partidos políticos e associações.

O grupo celebra a festa de São Benedito Maranhense que vieram a se inspirar na promessa de Felipe Beckman para o Santo Negro. Na etnografia de Mario de Ypiranga Monteiro, ele propôs por ser arranhado por um gato louco, Beckman prometeu ao Santo Negro que se ele fosse curado, ele iria festejar o santo com mastros e desfiles, procissões.

Por isso, ao primeiro festival será realizado na cidade de Alcântara, no Estado do Maranhão. A etapa do festival consiste na retirada de mastros da floresta, é decorado com folhas e frutas, o enterramento do mastro, realiza novenas, a última é um desfile de encerramento chamado procissão. No início, a celebração teve as relações com religiões africanas e santos negros passam por tambor crioulas. Conforme esses grupos vierem para Manaus, se deram o início aos batuques que já apareceram em muitas celebrações dos santos locais. Com a morte dos anciões, o culto aos africanos foi desaparecendo gradativamente. Aproximando-se das formas mais católica



Figura 1: imagem do Quilombo de SÃO BENEDITO

Fonte: portal g1.globo.com



Figura 2: Procissão de SÃO BENEDITO

Fonte: portal amazonas.am.gov



Figura 3: Imagem de SÃO BENEDITO

Fonte: <https://noticias.uol.com.br/album/2014/10/22/comunidade-do-barranco-am-e-o-segundo-quilombo-urbano-do-brasil.htm?foto=6>



Figura 4: festejos de SÃO BENEDITO

Fonte: portal g1.globo.com



Figura 5: imagem do dos festejos de SÃO BENEDITO

Fonte: site i<http://manauscultural.blogspot.com>

Os homens são responsáveis por levantar o mastro, que é ornamentado com samambaias, frutas verdes, fitas vermelhas e recebendo uma bandeira de São Benedito.

5.1 A VOCAÇÃO GASTRONOMICA DA COMUNIDADE

A herança negra da comunidade é fortemente sentida na culinária, inúmeras mulheres negras e ex-escravas ao chegarem à cidade de Manaus tinha como principal ofício as tarefas domésticas como já mencionado, principalmente as de cozinheiras e lavadeiras.

Com o trabalho de cozinheira foram construídos um cardápio peculiar na comunidade e nas casas onde trabalhavam, pois misturavam-se os cardápios nordestinos maranhense, portuguesa e regional, então surgiram vários pontos de vendas de comidas em torno da igreja nossa senhora de Fátima, dona Bibi e Tia Lourdinha viraram referência na comunidade abrindo se assim o espaço culinário que até hoje é ponto de encontro na praça 14, para saborear os mais diversos cardápios como, vatapá , tacacá, caruru, munguzá, além de bolos, salgados sanduíches churrascos dentre outros

6. COMO SURTIU A ASSOCIAÇÃO CRIOULAS DO QUILOMBO URBANO

As crioulas do Quilombo de São Benedito, são um grupo de mulheres, que foi fundado na comunidade do Quilombo de São Benedito na cidade de Manaus/Am. De acordo com a representante da Associação Crioulas do Quilombo do Barranco de São Benedito, a Associação das Creoulas surgiu com a intuito de incentivar a apropriação cultural, a educação, gerar fonte de renda as famílias e a divulgação da história da comunidade, de também de desenvolver atividades sociais na Praça 14 de Janeiro, e que começou a partir da certificação da comunidade como um dos Quilombos urbanos do Brasil, pela Fundação Cultura Palmares, em setembro de 2014, depois de muitas lutas, esta Certificação foi concedida principalmente pela tradição religiosa e cultural presente nos festejos a São Benedito, mantida pelas famílias há mais de um século.

As membros da comunidade Keilah Fonseca e Jamyle Souza, secretárias da Associação das Creoulas e também membros da Associação Movimento Orgulho Negro do Estado do Amazonas - AMONAM, também com sede na comunidade, reuniram-se com Jennifer Souza e propôs a Keilah Fonseca e Jamyle Souza para desenvolverem pesquisas acerca das ABAYOMIS, bonecas de origem africanas as quais Jennifer já havia desenvolvidos vários estudos e trabalhos em sala de aula com seus alunos, assim foi aceito este desafio pelas líderes da Associação, pois na visão de Keilah seria uma produção inédita que iria usar a sustentabilidade de como propósito principal e que pudesse ainda proporcionar rendas as mulheres do Quilombo e das demais comunidade , ai que Keilah passa a desenvolver as Abayomis em forma de Orixás, utilizando em sua confecção de base de garrafas plásticas, e CDs, e materiais de baixo custo e tecidos de cores e texturas variadas .

Então em 26 de setembro de 2014, nascia uma ideia a qual precisara de um nome a qual foi escolhido para o nome do projeto “CREOULAS “, e que posteriormente foi batizado por “CREOULAS DO BARRANCO DE SÃO BENEDITO “, e assim surgiu o projeto “CREOULAS DO BARRANCO DE SÃO BENEDITO “.

Porém além das produções da bonecas Abayomis, começam a pensar em mais detalhes para que pudesse agregar valores para que o projeto saísse do papel , ai neste momento que a pedagoga e artesã Rafaela Fonseca, Kelly Fonseca técnica contábil, e quituteira e Susye Barreto Bacharel em direito e artesã, ambas membro da comunidade, se juntaram, e neste momento começou a surgirem os convites para palestras, oficinas, feiras, a demanda começou aumentar, viram que aquela era a hora do projeto tomar corpo pois naquele momento a necessidade já era muito grande, momento em que passou-se a constituir a ASSOCIAÇÃO DAS CREOULAS DO QUILOMBO DO BARRANCO DE SÃO BENEDITO, e através desta legalmente constituídas através de legislações validas seriam maiores as possibilidades de aquisição de rendas para a difusão dos mais diversos projetos envolvendo a cultura, história e a sociedade, porém sonho ainda não concretizado, mais não por falta de lutas, e sim por falta de apoio do poder público, falta de mais políticas públicas direcionadas as comunidades Quilombolas.

No entanto cada vez mais estão sendo agregados novos talentos e apoiadores ao grupo, cujo sonho dos membros é adquirir uma sede própria, que possam abrigar prioritariamente um altar para SÃO BENEDITO, com salas para as atividades das CRIOULAS, pois “As crioulas

desenvolvem também um trabalho com idosos da comunidade desde o primeiro semestre do ano de 2020, de sala para o Movimento Orgulho Negro do Estado do Amazonas - AMONAM, o qual apoia o projeto das CRIOULAS. Atualmente as creoulas se reúnem quinzenalmente. Todos os encontros e exposições do artesanato produzidos pelas associadas, acontecem no espaço cedido por dona Creuza Fonseca, mãe de Keilah e Kelly Fonseca. Em uma residência que é dentro da comunidade, cujo local atualmente é utilizado para ponto de encontro dos grupos, para traçarem metas e diretrizes, promover cursos abertos a todos quem tiverem interesse, sem custos, também utilizados para oficinas de estudos para aprimoramento profissional e difusão do conhecimento acerca da cultura e da comunidade.

7. Produção da Crioulas

7.1- TRABALHOS DE CRIOULAS

Produção de Rafaela Fonseca, a produção trabalhos de crioulas foi batizada com este nome pela historiadora Dra. Patricia Sampaio(Professora da Universidade Federal do Amazonas e parcerias nos eventos da Comunidade do Quilombo Urbano do Barranco de São Benedito), visa o resgate histórico dos ofícios das crioulas ancestrais da Comunidade do Quilombo do Barranco de São Benedito, onde muitas não tinham formação profissional que lhes garantisse uma profissão, e que outros tempos era algo praticamente impensado para as mulheres negras então, constituía enorme desafio, mais as crioulas nunca esmoreceram e ajudavam a compor a renda familiar sempre trabalhando arduamente de sol a sol nos mais variados ofícios como;

Lavadeira, costureiras, quituteiras, tacacazeiras e especialmente MÃE, garantindo o bem estar de seus filhos e abrindo os caminhos para as crioulas contemporâneas.

As bonecas da coleção (trabalho de Creoulas) trazem em sua composição de base e reciclagem de garrafas d vidro e modelagem a base de porcelana fria e pintura em tinta acrílica.

7.2- ABAYOMIS

Produção de Keilah Fonseca, são bonecas originalmente feitas de tiras de pano(retalhos), eram confeccionadas pelas escravas nos porões dos navios negreiros, para acalantar suas crianças. A História conta que que as escravas confeccionavam estas bonecas com os retalhos das suas próprias vestes durante a viagem nos navios. O nome que dizer ABAY- Encontro e OMI-Precioso

7.3 BLUSAS E CUSTOMIZAÇÃO

Produção de Fabiane Fonseca e Susye Barreto, nas mais diversas cores e tamanhos, trazendo como impressão principal é a marca das Crioulas e a história da negritude como todo, laços, fitas, pingentes e texturas.

A imaginação das Creoulas vai longe a e customização das camisas fica a gosto do cliente.

7.4 CHAVEIROS

Produção de Keilah Fonseca, mini bonecas Abayomis em forma de chaveiros, produzidos a partir da base original apenas com nós de amarras, sem nenhuma costura.

A participação e atuação das Crioulas tem sido marcante ao longo destes mais de 4 anos de existência, o grupo tem trabalhado de forma contínua e firme na luta pela resistência e divulgação da história e cultura negra na Cidade de Manaus.

No quilombo do barranco de São Benedito, temos as lutas das mulheres desde a chegada das negras ex-escravas (alforriadas), que vieram para o Amazonas, começar suas vidas e com seus familiares. Mulheres estas que não tinha saber, porém tinham ofícios, e que com eles conseguiram criar seus filhos, e que se encontram em destaques elas;

Severa Nascimento Fonseca, seus 3 filhos e seu amigo Felipe Beckman, foram os pioneiros no bairro praça 14 de janeiro, e que com eles trouxeram a imagem de São Benedito, Santo Negro ao qual tinham devoção, e que hoje é o símbolo de residências e da fé na comunidade

São Benedito, que é cultuado e tem seus dias de novena, que é festejado uma vez por ano, e a tradição tanto da festa quanto da imagem é repassada de geração em geração, quando uma morre outra mulher da mesma família assume as responsabilidades dos festejos, no início quem organizavam os festejos eram Marocas Beckman, Severa Nascimento e Paula Maria Fonseca, sua nora.

Maria de Lourdes Fonseca ficou por 50 anos à frente dos festejos, ela quem permaneceu por mais tempo na liderança, atualmente quem está à frente da organização é Jamily Souza Silva, que já está há mais de 10 a frente dos festejos, deixando assim bem claro o papel da mulher dentro da comunidade, referente ao nome escolhido AS CREOULAS DO QUILOMBO DE SÃO BENEDITO, foi escolhido pelas creoulas em homenagem a Maria de Lourdes Fonseca(Tia Lourdinha), que ficou sendo referência na geração de São Benedito, em homenagem ao santo de devoção.

Já nesta nova geração, as componentes das crioulas têm em sua maioria, mulheres graduadas, com especializações, com mestrados, e que hoje agradecem a deus e suas antepassadas por estas terem abertos seus caminhos para que pudessem estudar para poder lutarem por seus direitos.

Desde então estas mulheres vem ganhando espaço na sociedade brasileira, afinal todos os dias enfrentam lutas, barreiras pelo preconceito, tanto machista quanto pela sociedade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a realização desta pesquisa foram entrevistadas a senhora Keilah, representante da Associação, cuja narrativas ofereceram o subsídio principal para esta pesquisa, apoiado sob a perspectiva do conceito de “reconhecimento” da dissertação pude constatar que a trajetória histórica da comunidade a levou a um patamar de superação da estigmatização longo dos anos.

As Creoulas do Quilombo do Barranco de São Benedito, tem como objetivo, conscientizar a população, da importancia do respeito as tradições e histórias da cultura negra do Quilombo do Barranco de São Benedito, além de auxiliar na produção de conhecimentos partir da confecção de produtos artesanais, assim envolvendo o fortalecimento da cultura negra na região Norte do Brasil, bem como;

Difundir a história e cultura Quilombola Urbano do Barranco de São Benedito, Associação Crioulas do Quilombo Urbano do Barranco de São Benedito, a partir da produção e exposição de peças artesanais (tendo como parte dos seus materiais recicláveis)

Promover palestras, cursos, oficinas dentre outros, voltados para a sociedade em geral, sobre a história da comunidade Quilombola Urbano do Barranco de São Benedito, Associação Crioulas do Quilombo Urbano do Barranco de São Benedito, promovendo o fortalecimento da identidade cultural e difusão do conhecimento sobre a história negra, apoio escolar, conscientização, saúde dentre outros.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Base de dados coletados através de documentos e entrevistas

Os Quilombolas da Constituição de 1988: da Proteção À Identidade Cultural ao Direito Fundamental Às Terras de Preto Quilombolas

ARRUTI, J. M. A. A emergência dos “remanescentes”: notas para um diálogo entre indígenas e quilombolas. [S.l.]: Anpocs, 1996. Mimeografado.

BALDI, Cesar. A discussão jurídica dos quilombos no STF. Disponível em <http://www.cpis.org.br/acoes/html/artigos.aspx>. 2010. Acesso em 06.06.2021.

BANDEIRA, M. de L. Território negro em espaço branco. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BRASIL. Decreto Executivo no 4887, de 20 de novembro de 2003. Dispõe sobre o direito das Comunidades Remanescentes Quilombolas

BRITO, Antonio José Guimarães. Estado Nacional, Etnicidade e Autodeterminação. In COLAÇO. Thais Luiza (org.). Elementos de Antropologia Jurídica. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BURITY, Joanildo. Globalização e Identidade. Desafios do Multiculturalismo. In *Trabalhos para discussão*, nº107. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, 2001.

DUPRAT, Deborah. Breves considerações sobre o Decreto 3912/01. In O'Dwyer, Eliane C. *Quilombos, identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: ABA/FGV, p.283.

DUPRAT, Deborah. Breves considerações sobre o Decreto 3912/01. In O'Dwyer, Eliane C. *Quilombos, identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: ABA/FGV, p.283.

DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. In *Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais*. Manaus:UEA, 2007.

HALL, S.: *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Trad. T. T. da Silva e G. L. Louro. Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2005. LOPES, NEI. *Enciclopédia da diáspora africana*. São Paulo: Selo Negro, 2004.

LOBÃO, Ronaldo. Desafios à capacidade redistributiva do Direito em contextos pós-coloniais. In: *Confluências*, Niterói, v. 16, p. 61-79, 2014.

MALIGHETTI, Roberto. *O quilombo de Frechal: identidade e trabalho de campo em uma comunidade brasileira de remanescentes de escravos*. 2. Reimpressão. Brasília: Editora do Senado Federal, 2010. Vol. 81.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, nº 1, ano 1, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

QUIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, nº 5, ano 3, 2006.

RANGEL, Leandro. A UNESCO e a construção do direito à identidade cultural. *E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*. Belo Horizonte, vol. I, no 1, nov-2008. ISSN: 1984-2716. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas

RIOS, Aurélio Virgílio. *Quilombos na Perspectiva da Igualdade Étnico-Racial: raízes, conceitos, perspectivas*. In DUPRAT, Déborah. *Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

Site.<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/quilombo-de-sao-benedito-celebra-dia-da-consciencia-negra-com-programacao-em-manaus.ghtml>. Acessado em 04 de junho de 2021

VIEIRA, Evaldo. *Os direitos e a política social*. São Paulo: Cortez, 2004.

A IMPORTÂNCIA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO PARA OS DIREITOS DO NASCITURO

MARIANA CARDOSO PENIDO DOS SANTOS:

Especialista em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

ANNE SHIRLEY DE OLIVEIRA REZENDE MARTINS¹⁶⁹

(orientadora)

Resumo: O presente artigo busca entender a importância da Bioética e do Biodireito para os direitos do nascituro, evidenciando que o Direito deverá intervir no campo das técnicas biomédicas, quer seja para legitimá-las, regulamentá-las ou proibi-las. À vista disso, o escopo principal é o da tutela aos direitos do nascituro, a fim de compreender que é por conta da Bioética e do desenvolvimento tecnológico que o ser humano se tornou o ponto de partida da reflexão da esfera jurídica e, que o Biodireito, é o eixo de conexão para a preservação da vida. Em conformidade com o objetivo central, há os seguintes objetivos específicos: (a) identificar a Bioética e o Biodireito frente aos valores e princípios morais da conduta humana no campo científico; (b) averiguar os institutos que versam a respeito dos direitos do nascituro; (c) analisar de que forma a Bioética e o Biodireito cooperam para garantir o direito à vida, a futura personalidade jurídica e os direitos da personalidade. Dessarte, a referida discussão proporciona fundamentos teóricos e normativos – constitucionais e infraconstitucionais – com a finalidade de preservar os direitos fundamentais e civis do nascituro.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Personalidade. Direitos da Personalidade. Nascituro. Garantias constitucionais. Garantias infraconstitucionais. Código Civil.

Abstract: This article seeks to understand the importance of Bioethics and Biolaw for the rights of the unborn child, showing that mandatory Law intervenes in the field of biomedical techniques, whether to legitimize, regulate or prohibit them. In view of this, the main scope is the protection of the rights of the unborn child, in order to understand that

169 Coordenadora e Chefe de Departamento da Faculdade Mineira de Direito – Unidade Coração Eucarístico. Doutora em Direito Privado pela Universidad de Deusto. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Belo Horizonte. m

it is because of Bioethics and technological development that the human being has become the starting point of reflection in the legal sphere and that the Biolaw is the connection axis for the preservation of life. In compliance with the central objective, the following are the specific objectives: (a) to identify Bioethics and Biolaw in light of the values and moral principles of human conduct in the scientific field; (b) investigate the institutes that deal with the rights of the unborn child; (c) analysis of how Bioethics and Biolaw cooperate to guarantee the right to life, a future legal personality and the rights of personality. Thus, the discussion offers theoretical and normative foundations - constitutional and infra-constitutional - with the persistence of fundamental and civil rights of the unborn child.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Personality. Personality Rights. Unborn Child. Constitutional guarantees. Infra-constitutional guarantees. Civil Code.

1 INTRODUÇÃO

O homem tornou-se objeto de estudo em várias disciplinas, como a Biologia, Ciência, Filosofia, Direito, dentre outros, sendo prudente afirmar que a Filosofia é precursora de inúmeras discussões no que diz respeito a posição do homem dentro da Pólis e, atualmente, dentro de uma dada sociedade. Conclui-se para tanto, que a distinção entre o homem, como animal, quanto aos demais animais, pauta-se na racionalidade. Dessa forma, o homem como ser racional tem uma aptidão que os demais seres não tem, a de pensar, fazendo com que consiga desenvolver grandes projeto em qualquer área de estudo, uma vez que se adapta ao ambiente em que se encontra inserido. Inexoravelmente, verificou-se que o século XX teve uma grande relevância para o ser humano, tendo em vista que a referida época tornou-se marcante por conta dos avanços tecnológicos, das conquistas das civilizações e das reviravoltas em relação ao poder.

Destaca-se, portanto, que por conta dos avanços tecnológicos e da grande disputa pelo poder, principalmente nas grandes guerras que ocorreram por volta de 1914 à 1945, o ser humano foi afetado em dois campos distintos: o subjetivo e o objetivo. No que tange ao aspecto subjetivo, houve inúmeras transgressões quanto a autonomia do indivíduo, dado que o desenvolvimento tecnológico atrelado a um país poderoso e influente, incorre em uma grande responsabilidade nas mãos de quem o detém (na época os cientistas), sendo utilizado para experimentações que não levavam em conta a vontade ou a necessidade do ser, mas sim uma "vaga promessa" de que as pesquisas iriam curar e salvar todos os que se encontravam em tal situação, frustando então os que tinham esperanças de que a ciência estava sendo utilizada para o bem comum e não para o próprio desenvolvimento.

Já o aspecto objetivo versa diretamente sobre as normas que ditavam a época, tendo em conta que não conseguiam proteger os seres no âmago pessoal (pessoalidade), visto que neste momento havia apenas o direito formal, mas não o material; e ainda assim, no que tange ao direito formal, o indivíduo não era completamente amparado pelo ordenamento jurídico, pois, o que realmente importava dentro da sociedade era o poderio econômico e a posição ocupada dentro da pirâmide social.

Diante disso, atribuiu-se ao instituto da Bioética o estudo acerca da conduta humana no campo da vida e da saúde, possibilitando a criação de um novo discurso sobre a vida, estabelecendo uma nova ética em resposta as pesquisas biomédicas e tecno científicas que não tinham limites. Ademais, o Biodireito foi instituído para tratar das relações jurídicas referentes as transgressões sofridas pelos seres humanos como: eutanásia, aborto, transplante de órgãos e tecidos entre seres vivos ou mortos, buscando efetivar a dignidade da pessoa humana nesses contextos.

O presente artigo respalda-se em analisar a contribuição da Bioética e do Biodireito a fim de garantir os direitos do nascituro, haja vista que este será compreendido dentro de uma perspectiva humanista, por conta dos direitos fundamentais e da inviolabilidade do direito à vida, conforme estabelece o artigo 5º da Constituição Federal. Não obstante, designa-se com fulcro no artigo 2º do Código Civil o começo da personalidade civil, que é assegurada desde a concepção, formulando-se então, na esfera jurídica, a figura do nascituro.

A referida temática justifica-se pela necessidade do ser humano ter se tornado o ponto de partida da reflexão da esfera jurídica, tendo em vista que através desta, abrange-se os princípios de valorização da preservação da vida humana tanto na forma intrauterina quanto na extrauterina. Consequentemente, fica à cargo do Direito intervir no campo das técnicas biomédicas, quer seja para legitimá-las, quer seja para regulamentá-las ou para proibi-las.

Para compreender o problema proposto, a metodologia empregada será o de revisão bibliográfica, buscando estabelecer uma visão interdisciplinar no que concerne ao Direito Constitucional, Direito Civil, além da utilização do informativo 606 do STJ – de forma geral – que é pautado por um viés jurídico. Evidenciar-se-á de que maneira essas diversas áreas “conversam” e se complementam, demonstrando para tanto, que cada uma cumpre um papel diferenciado dentro da esfera médica e jurídica, refletindo diretamente nos institutos da Bioética e do Biodireito. Visa-se assegurar que todas as pessoas – as nascidas

ou as já concebidas– sejam detentoras do direito à vida, que é uma das diretrizes fundamentais da Constituição Cidadã, demonstrando, portanto, que não existe uma “mera expectativa de direitos” ante ao nascimento, mas sim a consolidação desse direito que não é passível de transgressão.

O artigo está dividido em três partes, além desta introdução e das considerações finais. O segundo capítulo explana os pilares e o contexto histórico no qual o instituto da Bioética e do Biodireito foram originados em consonância com a sociedade da época. Levou-se em consideração dois grandes marcos históricos: a utilização da tecnologia de forma arbitrária e a necessidade de delimitar as experiências científicas em prol do indivíduo. Cumpre observar que por conta das particularidades e do *iter* percorrido por cada um dos referidos institutos, tornou-os complementares e não concorrentes entre si, proporcionando uma visão mais humanitária e expansiva frente a “imodéstia” da medicina na referida época.

O terceiro capítulo traz à baila os direitos da personalidade. Frisou-se a conexão entre os referidos direitos e a dignidade humana, tendo em conta que a dignidade é o valor supremo designado pela Constituição da República promulgada ano de 1988. Logo, para que haja a devida compreensão quanto ao nascituro, realizou-se uma breve exposição a respeito da Teoria Geral do Direito, para mostrar de que forma o ordenamento jurídico realizou o percurso até chegar no que se considera pessoa e, quais são os direitos – direitos da personalidade e personalidade jurídica – que são concedidos para este ser, haja vista que em breve haverá o prolongamento de uma vida, que por enquanto, encontra-se no útero. Ademais, explanou-se a respeito da personalidade jurídica do nascituro como centro de imputação normativa.

Por fim, o último capítulo em *prima face* teve como escopo demonstrar a correlação entre a Bioética, o Biodireito e a Constituição Federal. Salientou-se que tanto os direitos fundamentais quanto o direito à saúde foram sistematizados pelo ordenamento jurídico e pelo Código de Ética Médica, levando em consideração que elegeu-se preâmbulos para os mesmos. Já a segunda questão – a mais importante –, trata da tentativa de resposta à problemática apresentada na monografia que virou artigo: *qual a importância da bioética e do biodireito frente aos direitos do nascituro*. Dividiu-se em duas vertentes: a subjetiva e a objetiva; evidenciando a ligação umbilical entre as duas linhas traçadas.

2 O SURGIMENTO DA BIOÉTICA

Por conta do progresso científico e tecnológico no século XX, a Bioética surge como resposta aos abusos que os seres humanos sofriam em decorrência dos experimentos científicos (PEREIRA, 2009). De acordo com Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato de

Oliveira Naves (2018) lastreados em Diego Garcia, a Bioética surgiu por absoluta necessidade, a partir de 1950, sendo consequência da revolução científica e técnica ocorrida nas ciências biológicas e médicas (SÁ; NAVES, 2018, p. 4). Ademais, destaca-se que durante os anos de 1950 e 1960 houve o descobrimento da biologia, e em 1960 o descobrimento do código genético molecular (SÁ; NAVES, 2018, p. 4). Salienta-se que nesse período, o cientista se tornou detentor tanto do saber científico e técnico, mas também do saber moral, sendo considerado como “o novo sacerdote da religião”, justamente por ditar o que era verdadeiro ou falso.

Desenvolveu-se então o paternalismo médico respaldado em uma ótica egocêntrica, que permitia que os médicos fossem considerados como “salvadores”, exatamente por descobrirem doenças e serem detentores da cura. Contudo, o advento da 2ª Guerra Mundial, que ocorreu entre 1939 à 1945, trouxe alguns questionamentos quanto as situações polêmicas que pairavam o cotidiano da prática médica, principalmente quanto às decisões de cunho moral e ético ao longo da jornada profissional, como por exemplo: clonagem humana, biotecnologia, organismos geneticamente modificados (transgênicos), transplantes de órgãos e tecidos humanos, transfusão sanguínea não permitida pelo paciente, reprodução assistida, “barriga de aluguel”, uso de células-tronco embrionárias, aborto, eutanásia, distanásia, ortotanásia, relacionamento entre médicos e graduandos (SOARES; SOARES; MARQUES, 2010). Outrossim, por conta da utilização bélica de energia atômica e a experimentação médica nos campos de concentração, tornou-se notório que a ética médica precisava de limites (SÁ; NAVES, 2018, p. 5).

No século XX, várias foram as situações que exigiram avaliações da Ética perante experimentos e tratamentos médicos (SÁ; NAVES, 2009, p. 5). Citando Fernando Lolas, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2018, p. 5), mencionam quatro fatores que impulsionaram o desenvolvimento da Bioética:

1) **A invenção do aparelho capaz de realizar a função do rim** [...]Diante do sucesso do tratamento, a demanda superou as possibilidades de atendimento. Foi necessário, então, decidir quem receberia tratamento e quem morreria.

2) Em 1966, Henry Beecher, professor anestesista de Harvard, publicou um artigo demonstrando estatisticamente que 12% dos artigos médicos publicados em uma importante revista científica

eram resultados de pesquisas que utilizavam métodos contrários à Ética.

3) **O primeiro transplante de coração**, realizado pelo cirurgião sul-africano Christian Barnard [...] **Para proceder ao transplante foi necessário remover o coração ainda em funcionamento de um indivíduo com morte encefálica.** Deparamos, assim, com questões como: Quando alguém pode ser considerado morto? **Quem determina esse momento, a Ciência ou o Direito?** A vida consciente é a única forma de vida? **Morto o encéfalo, morre também a pessoa?**

4) Caso Tuskegge [...] **Realizou-se uma pesquisa sobre evolução natural da sífilis**, sem qualquer tratamento. Os “voluntários”, todos negros, foram levados a acreditar, erroneamente, que estavam recebendo tratamento [...] 600 negros com idade igual ou superior a 25 anos foram pesquisados, sendo 399 portadores da doença e 201 homens saudáveis, para comparação. Estima-se que, ao fim do estudo, em 1972, dentre os infectados, apenas 74 estavam vivos; 25 tinham morrido diretamente da sífilis; 100 morreram de complicações relacionadas com a doença; 40 esposas dos pacientes tinham sido infectadas e 19 filhos tinham nascido com sífilis congênita (SÁ; NAVES, 2018, p. 5-6, grifo nosso)

O termo *Bioética*, teve expansão com a obra “*Bioethic: Bridge to the Future*”, do oncologista estadunidense Van Rensselaer Potter, no ano de 1971 (SÁ; NAVES, 2018). Potter (citado por Sá e Naves, 2018), propõe uma Bioética global, por conta da ética biomédica com a ecologia, trazendo à discussão questões de saúde pública a nível mundial e os problemas ambientais (NUNES; NUNES, 2014). A partir disso, o termo *Bioética* se tornou conhecido, acarretando a criação dos “Comitês de Ética em Pesquisa” (SÁ; NAVES, 2018).

A criação da Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Pesquisa Comportamental e Biomédica, em 1974, foi um marco para a Bioética, haja vista que apresentou o Relatório de Belmont, contendo os princípios éticos básicos: o respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça (SÁ; NAVES, 2018).

Consonante aos princípios, faz-se um questionamento a respeito da obsolescência do Juramento de Hipócrates, considerando que no discorrer do voto, todos os princípios

supracitados se encontram presentes, exceto o da autonomia do paciente. Cumpre observar que hodiernamente, quando se fala da relação médico-paciente, não é mais utilizado o termo “médico da família”, pelo fato dos cidadãos se encontrarem mais cientes dos direitos que lhe são atribuídos, tornando-os mais exigentes quanto aos resultados. A par disso, “a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real” (SÁ; NAVES, 2009, p. 83).

Logo, quando Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2018) definem a bioética como “a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando as implicações na sociedade e relações entre os homens e entre outros seres vivos” (SÁ; NAVES, 2018, p. 9), demonstram a grande parcela de responsabilidade do médico para com o paciente. Atualmente, a profissão médica é denominada como “Ciência Humanitária”, visto que leva em consideração a autonomia privada do paciente, porque o profissional da medicina também é um ser humano que goza de sentimentos.

2.1 Da Bioética ao Biodireito

À vista disso, é por conta da Bioética que o ser humano se torna o ponto de partida da reflexão da esfera jurídica, aspirando solidificar os princípios de valorização e preservação da vida humana. Essa conscientização delinea os limites morais sobre as investigações biocientíficas, desaguando em questões jurídicas e, fazem com que o Direito venha a intervir no campo das técnicas biomédicas, para legitimá-las, para regulamentá-las ou proibi-las. Contudo, os termos “bioética e biodireito” são sinônimos, ou há uma distinção entre eles?

Segundo Soares, Soares e Marques (2010), o “Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Medicina e da Biotecnologia.” Já a Bioética advém da Ética geral, e utiliza-se de ramos como: deontologia, filosofia, biotecnologia, biologia, matemática e outras ciências para o estudo em cada caso concreto (MAIA; MUNHOZ, 2016). Trata-se, na verdade, de duas ordens normativas diferentes – Direito e Moral – (SÁ; NAVES, 2009).

Dessa forma, qual seria então o vínculo entre Bioética e Biodireito?

2.1.1 O vínculo entre a Bioética e o Biodireito

Diante de toda mudança que ocorreu no ordenamento jurídico, é notório que a Zetética, representada pelo instituto da Bioética, é uma forma de conhecimento amplo e possui premissas flexíveis que partem dos valores éticos e da finalidade social, sendo um dos pilares para a elaboração do Biodireito, dado que este, apesar de se alicerçar em uma metodologia dogmática, visa solucionar problemas sociais que partem da análise do caso concreto, porém em forma de norma (dogmas).

Através disso, a Bioética tem reflexo juridicizado, pois haverá uma sanção estatal prevista caso haja o descumprimento dos princípios, e caberá ao Direito como ciência dogmática, o “dever-ser”, porque utiliza-se da teoria da imputação. Não obstante, o Biodireito também incorporou os princípios que foram designados para a Bioética, que servem de fonte orientadora para a criação de outros princípios.

Após verificar o liame que une o instituto da Bioética e do Biodireito, far-se-á necessário perguntar: o Código de Ética Médica (2018) seria uma norma prioritariamente ética ou jurídica? Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009), seria uma expressão *juridicalizada* dos princípios bioéticos, considerando que o descumprimento da obrigação é jurídica. “Portanto, é uma norma jurídica, ainda que tenhamos consciência que essa contém valores éticos e sociais” (SÁ; NAVES, 2009, p. 13).

Empós ao exposto acerca dos institutos, tornar-se-á imprescindível trazer à baila como o indivíduo é resguardado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que esses institutos foram criados para proteger as pessoas da ocorrência de possíveis aviltamentos novamente. Para isso, explicitar-se-á como os direitos fundamentais são de suma importância para que haja a compreensão da autodeterminação de cada ser dentro da sociedade. Assim, a construção do ser humano oscila entre a singularidade da pessoa e a universalidade da espécie. Logo, o próximo capítulo estará apto a destacar o “ser” e como este “ser” ganhou espaço ao longo da história. No mais, denotar-se-á de que maneira os direitos da personalidade e o princípio da dignidade humana tornam a vida do indivíduo mais digna. Por último, mas não menos importante, o próximo tópico demonstrará qual o *iter* percorrido para que o “ser” seja considerado como pessoa para o Direito, qual o marco inicial da personalidade jurídica, e como o nascituro é recepcionado tanto pelo ordenamento jurídico, quanto pela doutrina e jurisprudência no que tange a personalidade e os direitos da personalidade.

3 TEORIA GERAL DO DIREITO: PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com fulcro nos direitos fundamentais, a ideia de *personalidade jurídica* vem com uma nova roupagem, sendo então um “atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que se possa atuar no plano jurídico (titularizando às mais diversas relações) e *reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade*” (FARIA; ROSENVALD, 2017, p. 179, grifo do autor).

O Código Civil (BRASIL, 2002), no Livro I da Parte Geral, versa sobre as **PESSOAS**. Conforme aludido por Carlos Roberto Gonçalves, a palavra *pessoa* advém do latim *persona*, que na antiguidade romana, primitivamente, era utilizado no sentido de *máscara*. Todavia, com o passar do tempo:

O vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, passou a expressar o próprio indivíduo que representava esses papéis. No direito moderno, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica (GONÇALVES, 2017, p. 99).

Dessa forma, o Livro I do Código Civil (BRASIL, 2002) divide-se em três títulos: das *peessoas naturais*, das *peessoas jurídicas* e do *domicílio* (BRASIL, 2002). O artigo 1º do Código Civil (BRASIL, 2002) traz à baila que: “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*” (BRASIL, 2002). A capacidade de que trata o presente artigo é a de *aquisição de direitos*, sendo a que todos adquirem ao nascer com vida, sendo reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção, estendendo-se inclusive “aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental” (GONÇALVES, 2017, p. 96). Já no que tange a capacidade de *fato*, esta não é adquirida por todos, pois nessa modalidade há a “capacidade de *exercício* ou de *ação*, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil” (GONÇALVES, 2017, p. 97). Portanto, quem possui as duas modalidades (capacidade de direito e capacidade de fato) tem a capacidade *plena*.

Em uma visão subjetiva, a personalidade é um conjunto de atributos referentes à pessoa considerada em si mesma, tratando-se de “atributos próprios do ser humano, que lhe dão identidade e permitem que, juridicamente, se constitua ser individualizado” (SÁ; NAVES, 2017, p. 18). Refere-se então a uma aptidão genericamente reconhecida, por meio da qual toda pessoa é dotada de personalidade e tem a chance “de ser titular de relações

jurídicas e de reclamar o exercício da cidadania, garantida constitucionalmente, que será implementada através dos direitos da personalidade". (FARIA; ROSENVALD, 2017, p. 180). Diante disso, a *personalidade reveste a pessoa*, e os **direitos da personalidade** centralizam-se na parte objetiva, analisando aspectos como por exemplo: imagem, privacidade, intimidade, nome, integridade física, manifestações por meio de palavra ou representações artísticas, etc (SÁ; NAVES, 2017, grifo nosso). "Os direitos da personalidade voltam-se para os aspectos extrapatrimoniais da pessoa; aqueles que definem e garantem sua dignidade" (SÁ; NAVES, 2017, p. 18).

3.1 Começo da personalidade civil

O artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) trata do **começo da personalidade civil**: "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*" (BRASIL, 2002). A primeira parte do presente artigo diz que o começo da personalidade civil se dá com o nascimento com vida, neste caso existe alguns requisitos para se tornar pessoa: **1.** Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando a forma do parto; **2.** É necessário que a criança tenha sido retirada com vida e que tenha respirado. (GAGLIANO, 2017).

A segunda parte do artigo versa a respeito dos direitos do nascituro, resguardados desde a concepção, sendo esse o momento que começa a formação do novo ser. Entretanto, de que forma o nascituro é visto dentro do ordenamento jurídico? Quais são as teorias que lhe foram atribuídas? Este "ser" tem direito a personalidade, haja vista que esta está ligada à capacidade?

3.2 Do Nascituro

Antes de adentrar no tema do nascituro, tornou-se necessário realizar uma breve exposição sobre a Teoria Geral do Direito para visualizar como ordenamento jurídico faz o *iter* até chegar no que se considera pessoa. Faz-se notório que o nascituro não percorre o caminho que é designado pelo artigo 1º e a primeira parte do artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo até mesmo um ponto "fora da curva", posto que, apesar de encontrar respaldo na segunda parte do artigo 2º, ainda há muitas divergências quanto a situação jurídica. Ressalta-se que três teorias procuraram explicar e justificar a situação jurídica do nascituro, sendo estas:

- a) Teoria *natalista*: "afirma que a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida" (FARIA; ROSENVALD, 2017, p. 102).
- b) Teoria da *personalidade condicional*: "sustenta que o nascituro é pessoa

condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida” (FARIA; ROSENVALD, 2017, p. 102).

- c) Teoria *concepcionalista*: “admite que se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida” (FARIA; ROSENVALD, 2017, p. 102).

O autor Pablo Stolze Gagliano (2017) adverte que os doutrinadores tradicionais, como: “Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Venosa e San Tiago Dantas” (CAMARGO, 2016); adotam a *teoria natalista*, fazendo com que o nascituro possua mera *expectativa de direito*.

Embora essa teoria tenha sido a escolhida pela doutrina clássica, há uma grande indagação se tal teoria realmente seria a que melhor atenderia aos anseios quanto à personalidade do nascituro. Logo, que o Supremo Tribunal Federal ***ainda não tem um entendimento pacificado, seguindo ora a teoria natalista, ora a concepcionalista***.

Por vez, a teoria concepcionalista tem sido adotada por doutrinadores contemporâneos como: “Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Cristiano Chaves, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Maria Helena Dinizi, Teixeira de Freitas, Silmara Chinellato, além de outros” (CAMARGO, 2016). Consonante a tal entendimento, o Supremo Tribunal de Justiça, tem apoiado ***a teoria concepcionalista***, como demonstra o informativo 574/2014.

O grande questionamento em volta dessas teorias é quanto **ao direito da personalidade** do nascituro.

3.3 Direito da personalidade e a personalidade jurídica do Nascituro

As teorias que foram supracitadas vieram com o intuito de “apaziguar” o entendimento quanto ao começo dos direitos da personalidade do nascituro. Nota-se que a teoria concepcionalista, em conformidade com o contexto social, tornou-se o “o entendimento doutrinário majoritário, em relação à doutrina contemporânea” (CAMARGO, 2016), não significando que a teoria adotada pelo modelo clássico foi descartada, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, até o presente momento, não se posicionou quanto a teoria que deverá ser utilizada para todos os casos referentes a essa matéria (GONÇALVES, 2017).

Dessarte, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são direitos pessoais de caráter existencial e que contém algumas características, sendo estas (SÁ; NAVES, 2017):

- a) **Absolutos:** há o dever de abstenção de atos lesivos ao direito da personalidade;
- b) **Necessários:** são essenciais à dignidade e à integridade humana, pois resultam na proteção dos bens mais expressivos, porquanto definidores da própria existência;
- c) **Vitalícios:** acompanha a vida humana;
- d) **Indisponíveis:** o titular o tem independentemente da vontade;
- e) **Extrapatrimoniais:** não são suscetíveis de avaliação econômica;
- f) **Intransmissíveis:** é personalíssimo, ou seja, só aquela pessoa é detentora de tal direito, não sendo passível de substituição;
- g) **Imprescritíveis:** os direitos da personalidade não se extinguem pela inércia do titular;
- h) **Impenhoráveis:** não podem ser executados e penhorados judicialmente.

Logo, se a personalidade é uma aptidão genérica para o sujeito, o que poderá existir como *condição* para essa titularidade são os critérios implementados frente ao concreto, como por exemplo: estabelecer uma idade mínima, tempo de contribuição, etc. O nascituro, portanto, "poderá titularizar direitos, patrimoniais ou existenciais, compatíveis com a sua condição." (SÁ; NAVES, 2017, p. 43). Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2017) informam que isso será aplicado inclusive no que tange aos direitos da personalidade, como por exemplo: o direito à vida, à imagem, à integridade física.

Nota-se que a norma jurídica por diversas vezes outorga direitos e determina obrigações a depender da situação em que o nascituro se figura como titular no caso concreto. Pablo Stolze Gagliano (2017) traz um quadro esquemático a respeito do nascituro e a proteção legal dos direitos que lhe foram concedidos desde a concepção:

- a) o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção, pré-natal, etc.);
- b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos*;

- c) pode ser beneficiado por legado e herança;
- d) o Código Penal tipifica o crime de aborto;
- e) como decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de paternidade (GAGLIANO, 2017, p. 172)

O referido autor aborda ainda que no âmbito do Direito do Trabalho, destaca-se a estabilidade da gestante, “contado do início da gravidez, mesmo que seja do desconhecimento do empregado e empregador” (GAGLIANO, 2017, p. 173). Além disso, o nascituro tem direito aos *alimentos gravídicos*, conforme expresso na Lei n.11.804, de novembro de 2008, e de acordo com o informativo 606 do Supremo Tribunal de Justiça, em Agosto de 2017, estabeleceu-se que caso haja o nascimento da criança, os alimentos serão convertidos em provisórios ou definitivos, somente podendo ser revistos por ação própria.

O nascituro possui ainda a legitimidade para promover as ações de tutela dos direitos da personalidade. “A doutrina e jurisprudência, independentemente da corrente a que se filiam, têm sustentado que o nascituro já é o titular de direitos da personalidade” (SÁ; NAVES, 2017, p. 54), ou seja, apesar da genitora formalizar a ação, o direito que estará sendo questionado será de titularidade do nascituro e não da genitora.

Em remate, evidenciou-se no pensamento de Maria de Fátima e Bruno Torquato Naves (2017) que o nascituro é detentor dos direitos da personalidade e da personalidade jurídica, que são genericamente atribuídos a todos. Todavia, Carlos Roberto Gonçalves (2017) demonstra que a teoria natalista e a concepcionista deverão ser utilizadas em momento distintos. O referido autor, **sustenta que a teoria concepcionista deverá ser aplicada quanto aos direitos da personalidade**, posto que a Constituição Federal, no artigo 5º (BRASIL, [2018]), traz à vida humana como um bem supremo, devendo esta ser entendida “como o *direito ao respeito à vida* do próprio titular e de todos” (GONÇALVES, 2017, p. 210). **Já a teoria natalista incidirá quanto as questões de cunho patrimonial**, ou seja, “o nascimento com vida não é uma condição para a aquisição da personalidade, porém alguns direitos só podem ser exercidos por aqueles que já existem fisicamente na ordem civil” (SILVA; MIRANDA, 2011 apud GONÇALVES, 2007).

Nota-se, que não há uma resolução ainda para a situação jurídica do nascituro, uma vez que ao se adotar a teoria natalista, ignora-se a segunda parte do artigo 2º do Código

Civil (BRASIL, 2002) e, ao concordar com a teoria concepcionista, desconsidera-se a primeira parte do referido artigo. Todavia, torna-se necessário fazer um breve adentro quanto a personalidade do nascituro como centro de imputação normativa, a fim de compreender que a concepção tradicionalista se tornou ultrapassada, principalmente quanto ao conceito de relação jurídica dentro do próprio ordenamento jurídico.

3.4 A personalidade do nascituro como Centro de Imputação Normativa

Em consonância ao que foi explicitado ao longo deste capítulo, faz-se necessário demonstrar a personalidade do nascituro como Centro de Imputação Normativa. Nessa perspectiva, ao trabalhar com a Teoria Geral do Direito como alicerce para se compreender como é determinado o início da personalidade civil, demonstrou-se que o direito à personalidade é aquilo que torna um ser individualizado e faz com que este consiga estabelecer relações jurídicas dentro do ordenamento jurídico.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (p.74, 2018), trazem à baila que a doutrina tradicional define a relação jurídica como “o vínculo entre dois ou mais sujeitos, estabelecido em virtude de um objeto”, e que essa “relação jurídica” está correlacionada diretamente a um direito subjetivo. Assim:

Para essa concepção personalista ou intersubjetiva, **são sujeitos da relação jurídica aqueles entes dotados de personalidade jurídica, que estabelecem entre si um vínculo reconhecido pelo ordenamento como vicissitude ou efeito jurídico** (SÁ; NAVES, p.74, 2018, grifo nosso).

Logo, os sujeitos dentro do ordenamento jurídico são titulares de direitos e deveres “concedidos” por lei, fazendo com que duas figuras coexistam: o sujeito ativo – que é aquele que detém o poder de exigir um determinado comportamento –, e sujeito passivo – que é aquele que não só tem o dever de prestar a obrigação, mas como também possui o direito de prestar a obrigação –.

Todavia, Sá e Naves (p.74, 2018) cita Orlando Gomes (2000) a respeito de uma crítica feita pelo autor, em que afirma ser “desnecessária a noção ontologizante e subjetivante da relação jurídica” (GOMES, 2000 apud SÁ; NAVES, 2018). Gomes (2000) demonstra que dentro dessa “idealização” conceitual a respeito do que seria personalidade dentro do ordenamento jurídico, existe situações que estariam fora dos contornos delimitados pela lei e que dispensariam a intersubjetividade, adentrando, portanto, nas situações subjetivas. Tais situações se estabeleceriam no “direito potestativo, o ônus, o interesse legítimo, o

poder, a faculdade, a sujeição, além do direito subjetivo e do dever jurídico” (SÁ; NAVES, p.74, 2018).

Não obstante, Sá e Naves (2018) abordam uma visão mais contemporânea do autor Pietro Perlingieri (1999), em que este faz um confronto entre a teoria da situação jurídica subjetiva vs. conceito de relação jurídica. Segundo Perlingieri (1999) **a situação jurídica subjetiva é caracterizada como:**

[...] categoria geral de avaliação do agir humano; é um centro de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. Sempre há, na situação jurídica, um interesse que se manifesta em comportamento. Esse é o elemento essencial da situação. O sujeito é elemento accidental, pois há interesses tutelados pelo Direito que ainda não possuem titular (PERLINGIERI, 1999, p.107 apud SÁ; NAVES, 2018, p.75).

Para Perlingieri (1999), existem direitos que precisam ser salvaguardados pelo ordenamento jurídico mesmo que não possua um titular já nascido (o nascituro). Tendo em conta essa situação, denota-se que próprio código civil (BRASIL, 2002) estabelece que o nascituro pode ser detentor de alguns direitos, como por exemplo: doação, herança, pensão alimentícia, entre outros (PERLINGIERI, 1999 apud SÁ; NAVES, 2018). Diante disso, “há, no caso, um interesse tutelado, mas seu titular ainda não existe, pois só se constitui ‘sujeito’, a partir do nascimento com vida” (PERLINGIERI, 1999, p.107 apud SÁ; NAVES, 2018, p.75).

Já a **relação jurídica é a “relação entre situações subjetivas”**, independe de ter dois sujeitos dentro da relação, sendo que o diferencial dentro da relação deverá ser “centro de interesses” (PERLINGIERI, 1999 apud SÁ; NAVES, 2018). “ O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação é; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõe a relação jurídica” (PERLINGIERI, 1999, p.115 apud SÁ; NAVES, 2018, p.76).

Uma relação jurídica poderia ser a relação entre a situação jurídica de direito subjetivo e a situação jurídica de dever jurídico. Assim, a relação jurídica, segundo esse autor, é a normativa harmonizadora das situações jurídicas, ou seja, a ligação entre duas situações jurídicas (SÁ; NAVES, 2018, p.76).

Diante do exposto, Sá e Naves (2018) com fulcro nos ensinamentos de Perlingieri (1999), entendem que a situação jurídica não pode ser estabelecida apenas entre os entes nascidos, ou seja, o direito não pode ficar preso a uma perspectiva tradicionalista, principalmente pelo fato do artigo 2º do Código Civil ([2019]) trazer como ditame que o começo da personalidade civil se dá com o nascimento com vida, sendo que a lei protege os direitos do nascituro, desde a concepção. Nesse diapasão, a partir do momento em que se cria um rol de categorias que inclui determinados detentores de direitos subjetivos, estabelece-se um “rol paralelo de entes que abstratamente foram excluídos de participar do fenômeno jurídico, sem que isso seja necessariamente verdade” (SÁ; NAVES, 2018, p.76).

Uma vez mais, afirmamos: o nascituro pode receber doação; ser legatário; ver-se representado por um curador ao ventre em caso de conflito de interesses com a mãe ou mesmo em caso de incapacidade dessa; possuir capacidade de ser parte em ação judicial – sendo autor em ação de alimentos e ação de investigação e reconhecimento de paternidade, e réu em ação anulatória de testamento ou de contrato de doação que o contemple. **Portanto, não há como lhe negar personalidade** (SÁ; NAVES, 2018, p.76, grifo nosso).

Conclui-se, para tanto, que dentro dessa perspectiva, houve uma superação quanto a concepção tradicionalista, fazendo com que a personalidade possa ser vista como um centro de imputação de liberdades e não liberdades, não estando ancorado apenas na delimitação conceitual de “direitos e deveres correlatos”, mas trabalhando dentro de um contexto aberto, abrangente (SÁ; NAVES, 2018, p.76). Sem sombra de dúvidas, independentemente de qual teoria seja adotada pelo ordenamento jurídico e pela doutrina, o nascituro como centro de imputação normativa não precisa estar vinculado a nenhuma teoria para que lhe seja atribuída personalidade (SÁ; NAVES, 2018, p.78). Ressalta-se que “não é possível afirmar que o nascituro é pessoa em relação aos direitos da personalidade [...] a não ser em outras situações, como em direitos patrimoniais; ou se é pessoa ou não se é pessoa” (SÁ; NAVES, 2018, p.78). Ademais, Sá e Naves (2018) refutam os críticos que dizem que o nascituro é apenas detentor de capacidade processual, pois “se há possibilidade judiciária de se discutir situações jurídicas, ao nascituro não cabe apenas capacidade processual, mas personalidade civil” (SÁ; NAVES, 2018, p.78).

Por derradeiro, diante de tudo o que já foi exposto nesses dois capítulos, é necessário correlacionar de que forma a Bioética e do Biodireito conduziram o nascituro a ter relevância na seara jurisdicional. Afinal, qual a importância da Bioética e do Biodireito para os direitos do nascituro?

4 BIOÉTICA, BIODIREITO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), versa sobre “Direitos e Garantias Fundamentais. O *caput* aduz que:

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**[...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O inciso III aborda que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). Já o inciso X traz que “são invioláveis à intimidade, à vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Cumprir observar que os direitos fundamentais e da saúde não foram sistematizados somente no direito, mas também o Código de Ética Médica (que é uma resolução). O primeiro Código de Ética Médica foi publicado em 1867 e desde então, têm como escopo sustentar, promover e preservar “o prestígio profissional, proteger a união da categoria, garantir à sociedade padrões de prática, estabelecer valores, deveres e virtudes profissionais.” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA, 2018). Todavia, em 2018, publicou-se um Código de Ética Médica revisado, que atualizou as práticas relacionadas aos profissionais de saúde frente as inovações tecnológicas, comunicacionais e sociais, reforçando o compromisso dos médicos com o respeito à vida, aos pacientes, assim como o exercício profissional amplo, “sem discriminação de nenhuma natureza” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA, 2018).

Nesse sentido deve-se dizer que o indivíduo é responsável pela eclosão de tais regras normativas, tendo em vista que sem este, não faria sentido estipular princípios substanciais que não podem ser infringidos. A dignidade humana teve tamanha magnitude que fez com que a Bioética e o Biodireito se tornassem mais **humanistas**, estabelecendo uma conexão com a justiça, dado que os direitos humanos emanam da condição humana e das necessidades fundamentais de todos os seres, visando à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e a plena realização da personalidade.

Salienta José Afonso da Silva (2007) que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, *desde o direito à vida*” (SILVA, 2007, p. 105).

4.1 Qual a importância da Bioética e do Biodireito para os direitos do nascituro?

Pelo exposto, torna-se notório que para responder à pergunta do presente tópico é imprescindível a análise ser separada em duas vertentes, **subjéctiva e objectiva**:

1. Subjéctiva: Essa vertente é pautada no indivíduo como detentor de direitos e deveres perante a sociedade e ao ordenamento jurídico. Analisa-se não apenas a garantia dos Direitos Fundamentais, conforme institui a Constituição Federal da República (BRASIL, 1988), mas também a autonomia do paciente quanto a conduta ética do profissional da medicina. No mais, evidencia-se como a biotecnologia é capaz de intervir na vida do ser humano, acarretando tanto benefícios, quanto malefícios.

Dessa forma, o nascituro visto sob o prisma subjéctivo, traz à tona a questão do direito à vida. Em que pese, este é o escopo primordial tanto da ética médica quanto do âmbito jurídico, tendo em vista que o ser que vive de forma intra-uterina, em breve se tornará o ser humano que irá compor uma dada sociedade. Logo, independentemente do reconhecimento da personalidade ou dos direitos da personalidade – mesmo que estes estejam expressamente legislados no Código Civil ([2019]) e sejam reconhecidos pelos legisladores – o que deve ser visualizado essencialmente são as garantias fundamentais que todos os seres tem.

2. Objectivo: É a exteriorização realizada por intermédio da Bioética e do Biodireito. Os referidos institutos se complementam na medida que sem os pressupostos finitos da Bioética – zetética –, o Biodireito não teria a possibilidade de estabelecer os preceitos fechados – dogmática –. Contudo, não são externados apenas dessa forma, haja vista que os princípios vieram como mandados de otimização para os chamados *hard cases*, na tentativa de acompanhar simultaneamente o desenvolvimento social, seja através de novos métodos tecnológicos, ou por mudança de um determinado comportamento social que antigamente era aceite e hoje não mais, até mesmo para tratar com dignidade todos os seres humanos já nascidos e aqueles que ainda irão nascer, concedendo-lhe direitos e legitimação para determinados atos na vida civil.

Acorda-se portanto, que essas duas linhas traçadas se encontram interligadas umbilicalmente, uma vez que sem o despontamento do âmbito subjéctivo, não será possível que haja uma tutela através do âmbito objectivo. Dessarte, o Biodireito vem para tutelar as questões Bioéticas e biotecnológicas, sendo que estas se pautam no indivíduo, como ser juridicamente protegido no ordenamento jurídico. Em função disso, a importância desses dois institutos para os direitos do nascituro é de garantir que não sejam cometidos atos desumanos, possibilitando a dignidade desde a vida intra-uterina, demonstrando que

independentemente do nascimento haverá um respaldo jurídico, científico e tecnológico que viabilizará a existência deste ser dentro de uma determinada sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comparativamente à um jogo de xadrez, o nascituro tornou-se uma das peças que ainda não alcançaram o xeque-mate, haja vista que os institutos ainda não foram capazes de sanar as divergências quanto a situação jurídica deste e explanar plenamente a importância que esse ser tem para a medicina e para o direito. Como pode ser percebido, realiza-se indagações até os dias de hoje a respeito da biotecnologia frente às limitações do ordenamento jurídico, porque este se amolda compativelmente ao desenvolvimento social.

Ao longo do artigo e dos pontos elucidados, torna-se factível assentar que o nascituro não foi o ponto de partida da Bioética e do Biodireito. Evidenciou-se na verdade, que a linha tênue entre a ética médica e a autonomia do paciente havia sido transgredida inúmeras vezes, tendo em conta que os cientistas, por conduzirem o uso da tecnologia como fonte de pesquisa e, de aperfeiçoamento para a cura de determinadas doenças que irradiavam numa dada época, corroboravam com uma visão de endeusamento.

Em virtude de tais considerações, o designo do presente artigo baseia-se no aperfeiçoamento temático de institutos que não são tão conhecidos (pelos graduandos), mas que revelam manifesta importância dada a complexidade do tema. O crescimento exponencial da tecnologia rompe com os preceitos conservadoristas do Direito, deslocando o enfoque dogmático a fim de tracejar novos prismas que são de extrema relevância para o desenvolvimento geral.

O trabalho pode ser dividido em dois marcos: as grandes guerras e o advento da Constituição de 1988. Nesse sentido, deve-se dizer que se uma gama de acontecimentos negativos não tivesse acontecido, provavelmente uma constituição que tem como intento de proteger os direitos humanos não teria sido elaborada. Dessa forma, a Bioética e o Biodireito são fomentadores para a perspectiva humanista que até os dias atuais encontra-se presente no ordenamento jurídico. Todavia essa perspectiva ocasionou uma instabilidade dentro do modelo intrasistêmico que transmutou-se para diretrizes mais abertas, com auxílio dos princípios.

Dessarte, médicos que fazem uso das tecnologias com o objetivo de preservar a vida humana ou de gerar uma vida humana, provoca grandes polêmicas no sistema

jurisdicional, tendo em consideração que se a personalidade e os direitos da personalidade se tornam motivadoras de ilimitadas discussões, como por exemplo: se o reconhecimento de tais direitos se dá com o nascimento ou com a concepção – aspecto temporal; imagine a repercussão de uma produção independente? O Direito estaria então caminhando *pari passu* com a tecnologia? Esgota-se a compreensão do direito à vida e dos direitos do nascituro somente por estarem garantidas constitucionalmente e infraconstitucionalmente?

Portanto, pelo exposto, é notório que a Bioética e o Biodireito se integram e se completam, apesar de cada instituto contemplar peculiaridades únicas. Já o nascituro, sendo importante tanto no aspecto subjetivo quanto no objetivo, encontra-se salvaguardado especialmente pela Constituição Federal da República de 1988 e pelo Código Civil de 2002, sendo “posto” como o início e o prolongamento da vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais[...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência. N. 606.** Brasília, DF, STF, 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0606.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tirubnal de Justiça. **Informativo 547 do STJ - 2014.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: STF, 11 out. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=238.50158&seo=1>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. **Recurso de Revista: RR 8243820135020481 - Inteiro Teor.** [S. /]: Jusbrasil. 2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239082312/recurso-de-revista-rr-8243820135020481/inteiro-teor-239082376?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CAMARGO, Diego Guimarães. **A teoria adotada pelo Código Civil acerca do início da personalidade civil da pessoa natural**: uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-adotada-pelo-codigo-civil-acerca-do-inicio-da-personalidade-civil-da-pessoa-natural-uma-analise-a-luz,55191.html>. Acesso em: 21 de abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. [S. /]. CFM. 2010.

Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 19 Ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 15 Ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA, Thaís; MUNHOZ, Luciana: **O que é Bioética?** [S. /] Bioéticas, 16 set. 2016. 1 vídeo (4 min 36 seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FXACjI6Mfzk>. Acesso em: 30 abr. 2019.

NUNES, Cássia Regina Rodrigues; NUNES, Amauri Porto. **Bioética**. [S. /] 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v57n5/a20v57n5.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2019

OLIVEIRA, Rafael. **Zetética e Dogmática**. [S. /]. Jus. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47684/zetetica-e-dogmatica>. Acesso em: 04 abr. 2019.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. **Bioética, biodireito e o princípio da dignidade da pessoa humana**. [S. /] 2019. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6210. Acesso em: 03 mar. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4. Ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. Ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

SAMPAIO, Tércio Ferraz Júnior. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Juliana Simão da; MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. **Dos Direitos do Nascituro**. [S. /.] 2007. Disponível em:
http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

SOARES, Saulo C.A; SOARES, Ivana Maria Mello; MARQUES, Herbert de Souza. **Reflexões em ética, bioética e biodireito**. Rio Grande. Âmbito Jurídico. No. 75, 2010. Disponível em:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7601&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 21 abr. 2019.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Conselho Federal de Medicina publica novo Código de Ética Médica**. [S. /.]. Sociedade Brasileira de Pediatria. 2018b. Disponível em:
<https://www.anamt.org.br/portal/2018/11/05/conselho-federal-de-medicina-publica-novo-codigo-de-etica-medica/>. Acesso em: 21 abr. 2019.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Diário Oficial publica novo Código de Ética Médica que entrará em vigor em 2019 e foi elaborado com a ajuda de pediatras**. [S. /.]. Sociedade Brasileira de Pediatria. 2018^a. Disponível em:
<https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/diario-oficial-publica-novo-codigo-de-etica-medica-que-entrara-em-vigor-em-2019-e-foi-elaborado-com-ajuda-de-pediatras/>. Acesso em: 21 abr. 2019.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **O Juramento de Hipócrates e o Código de Ética Médica**. [S. /.] 2016. V. 6. N.1. Disponível em:
<http://residenciapediatrica.com.br/detalhes/194/o-juramento-de-hipocrates-e-o-codigo-de-etica-medica>. Acesso em: 03 março. 2019.

A MISOGINIA NOS CRIMES VIRTUAIS: “ANÁLISE DA MISOGINIA EM CRIMES DIGITAIS NO BRASIL”

LUIZA CLARA TEIXEIRA BATISTA:

Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro universitário Santo Agostinho - UNIFSA

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES

(orientador)

RESUMO: A misoginia é recorrente desde a antiguidade, com o progresso da sociedade e a chegada da tecnologia, a mulher passou a ser vítima de violência no espaço digital. Em razão dos casos de grande repercussão, chegou-se à seguinte problemática: a aplicação de leis e normas, atualmente utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, está sendo eficaz para amparar mulheres vítimas de crimes virtuais? Por essa razão, o presente artigo teve como objetivo geral analisar como a legislação penal e suas normas estão sendo eficazes para amparar mulheres vítimas de crimes virtuais. Como objetivos específicos buscou-se verificar os crimes virtuais de grande repercussão e identificar as medidas que ajudam as mulheres vítimas de crimes virtuais a serem amparadas psicologicamente. Ademais, o estudo foi feito por meio de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva e demonstrou-se as consequências emocionais nos casos em questão. O Estado, na qualidade de soberano e detentor de poder estatal, deve criar programas e investir em políticas públicas que resguardem as mulheres contra crimes misóginos virtuais e assim, preservar o bem mais precioso que é a vida e sua integridade física e psíquica.

Palavras-chave: violência contra mulher; crimes virtuais; violação a dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a misoginia nos crimes virtuais contra a mulher. É necessário, primeiramente, fazer uma definição da palavra: “Misoginia” é a junção das palavras *miseó*, que significa “ódio”, e *gyné*, que se traduz para “mulher”. Dessa forma, misoginia é o ódio ao sexo feminino decorrente desde a antiguidade.

Com o progresso da sociedade e a chegada da *internet* no mundo, o cotidiano da humanidade se transformou e a tecnologia conduziu diversas evoluções. Hoje a sociedade se provê da *internet* para quase todos os atos, mas ao passo que há muitos benefícios, há diversos malefícios. Por conta disso, pessoas começaram a cometer crimes na esfera digital.

Um exemplo é a violência de gênero, praticada contra a mulher, que ganhou proporção no meio digital e fez com que a mulher não seja vítima apenas no ambiente físico, mas também no virtual. Ocorrem casos de perseguições, ofensas, difamações, assédio e distribuição de fotos e vídeos com conteúdos íntimos que estão presentes no dia a dia.

Em virtude do exposto, levantou-se a seguinte problemática: “A aplicação de leis e normas, atualmente utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, está sendo eficaz para amparar mulheres vítimas de crimes virtuais? ”

Desse modo, o presente artigo teve como objetivo revisar a legislação brasileira e normas na área do Direito Penal, bem como algumas bibliografias sobre a misoginia e sua evolução em contexto histórico. Identificou-se os crimes virtuais de maiores relevâncias no Brasil: pornografia de vingança e estupro virtual. O estudo identificou ainda as consequências emocionais e psicológicas ocasionadas às vítimas em decorrência desse tipo de crime, como depressão e isolamento, e em alguns casos, o suicídio. A humilhação da exposição da mulher é tão grave que torna a reparação da violência bastante difícil.

O estudo apresenta crimes que já eram existentes e inscritos no Código Penal, mas que devido à evolução tecnológica, agora têm diferentes meios de prática ilícita, e com a frequência de casos ocorridos no Brasil, foi necessário que se inserisse uma legislação adequada para os crimes virtuais.

Esse artigo também aborda casos de grande repercussão no Brasil: um deles envolve a Lei nº 11.340/2006 que enseja a defesa da mulher, conhecida como *Lei Maria da Penha*. Outra lei citada é a Lei nº 12.737/2012, conhecida como *Lei Carolina Dieckmann*, em que a atriz homônima foi vítima de crime virtual ao contratar o serviço de um técnico para manutenção no *notebook* dela, tendo ele copiado imagens íntimas para posterior extorsão, e por ela não atender a ameaça, teve suas fotos íntimas divulgadas.

Para tanto, a pesquisa mostrou que a violência contra a mulher no meio social é recorrente também na esfera digital, e assim foram mencionadas as leis e normas que protegem a mulher, e de que forma o Estado toma medidas e mecanismos, sendo o “protetor”, para amparar as vítimas dessa prática criminosa que viola os seus direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o estudo analisou a legislação penal brasileira vigente e verificou se as normas são eficazes no combate à violência virtual sofrida pelas mulheres.

O estudo ainda demonstra as consequências emocionais das vítimas desse tipo de crime que necessitam de recuperação. Em função disso, o Estado, como soberano e detentor de poder estatal, deve fomentar a criação de programas e exigir investimentos em políticas públicas que resguardem as mulheres vítimas de crimes misóginos virtuais e,

assim, preservem o bem mais precioso que é a vida com toda sua integridade física e psíquica.

2 CONTEXTO MISÓGINO E A VULNERABILIDADE DA MULHER DESDE A ANTIGUIDADE

A misoginia se manifesta de várias maneiras, na defesa de que o sexo feminino é inferior ao sexo masculino, seja no aspecto moral, social, intelectual ou financeiro. Esse tipo de pensamento é decorrente da Grécia antiga, cuja cultura foi uma das que mais influenciou os conceitos adotados nas sociedades ocidentais. Esse preconceito ao feminino é igualmente praticado e manifestado em forma de violência psicológica, física e financeira, bem como em calúnias e difamações.

Em virtude da adoção do sistema patriarcal até os dias atuais, o machismo tem dominado a sociedade, isso gera um sentimento de submissão, inferioridade e subserviência na sociedade clássica ocidental. Desde o antigo testamento, mulheres eram vistas como seres inferiores e sem direitos na sociedade. É notório, portanto, duas coisas: I) a misoginia é mais antiga que a roda. II) as formas de manifestações misóginas se transformam à medida que as sociedades evoluem (BODART, 2018).

A partir dessa afirmativa, pode-se perceber que a prática misógina é marcada até nas obras de grandes filósofos e também na mitologia grega, o que explicita grande influência de atos misóginos nas crenças e religiões.

Na visão de Pitágoras, por exemplo, a mulher era vista como um ser que se originou das trevas; já Aristóteles via a mulher como ser imperfeito que deveria ser submisso aos homens. Em consonância, a mitologia grega mostra, em suas obras, mulheres sendo representadas pelas figuras de deusas, mas ainda que a inteligência fosse marcada pela deusa Atena, filha de Zeus e conhecida na mitologia romana como Minerva, a tradição dizia que Minerva veio ao mundo através da cabeça de seu pai, e não pelo ventre de sua mãe (SANTANA, 2020). Em vista disso, demonstra-se que esse preconceito ocorre desde o início, e é notório que a mulher sempre foi subjugada e possuía um papel secundário perante a própria sociedade.

Nesse sentido, a mulher não poderia gerar um pensamento de razão, deveria exercer atividades domésticas e restringir-se ao cuidado dos filhos e serviço do lar, como retratam muitas obras de arte. Dessa forma, pouco se vê a presença de mulheres como filósofas, o que desencadeia em dificuldade por parte da sociedade em considerar uma mulher como ser pensante.

O período medieval é marcado pela prática misógina: a mulher era vista como uma classe perigosa a ser reprimida. Assim, a inquisição deixou uma triste herança de perseguição, como na caça às bruxas. Escritores da época estimaram que o número de execuções de mulheres por meio do fogo fosse na ordem de milhões. A obra “Martelo das Feiticeiras”, escrito em 1484 por Heinrich Kraemer e James Sprenger, é uma das mais importantes da cultura ocidental da época, e servia de manual na caça às bruxas, além de guia para identificar as supostas bruxas, bem como trazer todos os procedimentos necessários para sua tortura (KRAEMER; SPRENGER, 2020).

Pode-se destacar que a obra citada perseguia exclusivamente as mulheres acusadas dos delitos, e reforçava o poder masculino para eliminá-las. O feminino foi vítima de extrema repressão, pois eram expostas como uma classe perigosa, e dessa forma, curandeiras, mulheres solteiras, mulheres desacompanhadas, mulheres acompanhadas, mas que andavam em horários tidos como inconvenientes, eram alvo de acusações. A partir do período medieval começou-se um conjunto de práticas de controle do sexo feminino, que vão desde o seu confinamento até o espaço que ocupam.

2.1 A realidade do Direito Penal brasileiro: um instrumento de controle social

Com a evolução do homem na sociedade contemporânea e os avanços econômicos, foi preciso criar um instrumento de controle social para regular os conflitos em sociedade. Criou-se um poder hierárquico que representasse todos os indivíduos e garantisse os direitos e deveres de forma coletiva de todos, e também um instrumento detentor de poder soberano para resolução de conflitos que criasse normas de convivência social com fim de pacificação social, chamado então de “Estado soberano”.

No período colonial, os pecados eram estabelecidos como crime e deveriam ser punidos pelos representantes do poder, eram aplicadas penas cruéis aos acusados, inclusive retirando a vida dos delinquentes. A sociedade já não suportava mais tanta crueldade, por isso foi sancionado, em 1890, o Código Penal, trazendo em seu rol uma grande conquista para o Direito Penal brasileiro: o novo Código aboliu a pena de morte e instalou o regime de autocorreção do indivíduo. Assim, foram criadas as penitenciárias, porém verificou-se inúmeras falhas por se tratar de algo novo (LEAL, 2015).

Em suma, o Direito Penal tem como função organizar os comportamentos dos indivíduos em sociedade, como prevenir os crimes, que são condutas que violam os direitos e garantias individuais, desarmonizam a convivência social e geram prejuízos físicos e morais. Portanto, é dever do Direito Penal empregar as punições cabíveis, obedecendo os valores e princípios fundamentais inseridos na Constituição Federal e protegendo o bem jurídico mais precioso e importante que é a vida (CAPEZ, 2016).

Dessa forma, o Direito Penal caminha junto ao Estado, e ambos firmam um compromisso para que os indivíduos obedeçam às normas estabelecidas e sejam punidos quando houver desobediência ou descumprimento. Toda ação do ser humano é avaliada com base nos valores impostos pela sociedade, e determinadas condutas são voltadas a um resultado lesivo que causou danos indesejados à vítima. Porém, como estabelece o Código Penal, existem também algumas ações que causam lesividade, mas que não são corrigidas pelo Estado, por exemplo: se existe, em um rol taxativo, os casos fortuitos e de força maior, estes excluem a responsabilidade de punição do indivíduo causador da ação.

Visto posto, a ciência penal não é apenas um instrumento de autocorreção do indivíduo, mas uma ação ética social de respeito e valorização da vida, formando um juízo de valor na sociedade sobre condutas erradas. De acordo com o autor supracitado, quando uma norma de Direito Penal é violada, é dever do Estado corrigir imediatamente o indivíduo, fazendo uso de seus meios legais para impor sanções penais e mostrar à sociedade que o valor das garantias fundamentais de proteção do ser humano são de interesse dela. Se o Estado for omissivo quanto aos delinquentes e seus crimes, e não interpor punições a essas condutas lesivas, a sociedade não respeitará os valores fundamentais de uma nação, pois a falta de reprovação dessas más condutas por parte do detentor de poder estatal soberano gera a ideia de que há permissão para tal comportamento.

2.2 A importância da Convenção Interamericana na prevenção da violência contra a mulher

Após a segunda guerra mundial, época em que houve diversos marcos de violência, além de milhares de vidas que foram tiradas, instituiu-se a Organização das Nações Unidas (ONU) que buscava declarar a paz a todas as nações. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um grande marco histórico, e teve como objetivo principal tornar a igualdade uma garantia e direito de todos independentemente do gênero.

A Declaração Universal de Direitos Humanos afirma em seu art. 2º que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (DUDH, 1948)

Compreende-se que com a chegada dos Direitos Humanos em 1948, adotados pela Organização das Nações Unidas, após anos de conquistas das mulheres na sociedade, começaram a ser criadas normas para protegê-las. A figura feminina antes não tinha direito de estudar, e hoje passa a ser a maioria nas faculdades brasileiras. Além disso, a luta árdua das mulheres garantiu que elas pudessem exercer direitos básicos como o direito ao voto, que antes só poderia acontecer mediante a autorização de seus pais ou maridos.

Todavia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não foi suficiente para combater a violência sofrida pelo sexo feminino. Tendo em vista a sociedade de contexto histórico-cultural, político e social, fundada na discriminação de poderes entre homens e mulheres, tanto no âmbito público como privado. Foi necessário, diante de tantas tragédias relacionadas ao gênero feminino, que fosse criado um comitê de direitos humanos específicos para mulheres, que exigisse proteção mais rígida e o reconhecimento de seus direitos.

A convenção interamericana promulgada pelo decreto nº 1.973, de 1996, tem como objetivo punir e erradicar a violência contra a mulher, e especifica a questão da violência como qualquer ato ou conduta baseada no gênero feminino. A convenção afirma que tais violências contra a mulher constituem violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais (GOMES, 2018).

Os artigos da mencionada convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher especificam as possíveis violências sofridas pela mulher são:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. (BRASIL, 2018).

Assim sendo, a convenção tem como função impor que as nações adotem e criem medidas que objetivem eliminar a discriminação contra mulheres em todas as esferas da sociedade, seja privada ou pública, decretando, no ordenamento jurídico, novas leis e normas ou retirando outras, caso estejam em discordância com a convenção, no afã de promover a paz e igualdade de forma justa para a garantia de direitos. Essa é uma forma de reconhecer e respeitar os direitos humanos, pois a violência contra a mulher constitui uma violação às garantias fundamentais do ser humano.

2.2.1 A origem da lei Maria da Penha e o Estatuto da Mulher Casada: relevantes conquistas para o feminismo

Diante da convenção que atribuiu essa proteção, mulheres começaram a ser ativas em busca de seu espaço na sociedade, porém mesmo com esse decreto que garante a

igualdade, na prática, mulheres continuavam sendo discriminadas e impedidas de seus direitos. Com toda a repressão sofrida, os grupos feministas desenvolveram o seguinte pensamento: “sem igualdade de direitos para as mulheres, os direitos humanos não são humanos”. Com o decorrer do tempo de muitas lutas, as mulheres foram ganhando espaço e passavam a ser valorizadas na vida privada e pública, ocupando e ganhando proteção para que seus direitos fossem assegurados (GONÇALVES, 2012).

Consta-se na Lei nº 4.121 de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, um dos marcos históricos para o feminismo na vida das brasileiras, que teve como objetivo pôr fim à desigualdade jurídica da mulher perante o homem. Com a criação do Estatuto da Mulher Casada, elas passaram a ser absolutamente capazes de exercer os atos da vida civil, sendo construído o direito de cidadania para inclusão da mulher na sociedade, já que, no Código Civil de 1916, a mulher era tida como relativamente incapaz, logo, a mulher para realizar tais atos jurídicos, precisava ser assistida pelo marido.

De acordo com Aires (2017), a mulher foi comparada, no Código Civil de 1916, aos loucos e pródigos, ou seja, vista como um ser incapaz. A mulher deveria atender o marido e submeter-se apenas às vontades dele, necessitando de autorização expressa até mesmo para trabalhar. Assim, o estatuto da mulher foi a segunda conquista a romper o marco da supremacia masculina, já que a primeira conquista foi o direito ao voto, pois antes as mulheres e os escravos e indígenas não eram considerados cidadãos.

Por conseguinte, a ministra Cármen Lúcia afirmou, em reportagem ao Estadão (2018), que uma das principais desigualdades, no Brasil, é a “retratada contra a mulher”. O preconceito contra a mulher é baseado em uma construção social decorrente da antiguidade, da qual estamos distantes. Não é com o tempo que chegamos à igualdade de direitos, e sim com reeducação e esforço de cada brasileiro. “O preconceito continua e o direito não resolve”. Em síntese, a vigência do Código Civil de 2002 teve como função principal tornar homens e mulheres iguais em direitos e deveres, apesar da Constituição Federal já defender essa igualdade em seu artigo 5º:

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, inciso I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição. (BRASIL, 2016, p. 13)

Deste modo, embora a Constituição brasileira seja democrática e tenha cláusulas pétreas para que não fossem modificadas, além de ter como norma maior os Direitos Humanos, e o Brasil faça parte da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação contra a Mulher – (CEDAW), nada disso foi o suficiente para diminuir a violência, uma vez que a sociedade continua machista e os casos de violência contra a mulher continuam a aumentar.

Apesar disso, um caso específico marcou a legislação brasileira: uma farmacêutica brasileira, Maria da Penha Fernandes, que posteriormente deu nome à lei, no ano de 1983, sofreu várias agressões pelo próprio companheiro. No ano de 1983, Maria sofreu a primeira tentativa de homicídio, quando ficou paraplégica em consequência de um tiro de espingarda nas costas enquanto dormia. A segunda tentativa de homicídio ocorreu quando Maria ainda estava em recuperação médica, o marido empurrou-a da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro (ALVES, 2018).

A partir disso, a vítima recorreu diversas vezes para que a justiça brasileira desse uma decisão definitiva sobre o seu caso, pois não estava sendo eficaz com o agressor, o sentimento gerado na vítima e na sociedade era de impunidade. Após várias manifestações de apoio por ONG, o caso conseguiu chegar às Comissões de Direitos Humanos OEA que, pela primeira vez na história, acataram a denúncia de um crime de violência contra a mulher.

Mediante o exposto, a punição para o Brasil foi criar uma legislação específica para a violência contra a mulher, alterando o Código Penal brasileiro e possibilitando que o agressor fosse preso em flagrante ou tivesse prisão preventiva decretada. Foi elaborada então a Lei nº 11.340 de 2006, *Lei Maria da Penha*, que define as formas de violência familiar e doméstica, determinando punição adequada e rápida aos agressores, a fim de proteger a vida e a saúde da vítima.

Com base no autor supracitado, Maria da Penha atua hoje nos movimentos feministas e sociais contra violência e impunidade, e atuou como coordenadora de políticas públicas em centros de pesquisas e estudos relacionados à violência contra a mulher. Essa lei foi fundamental para que as vítimas não mais se calem ou se sintam oprimidas ao sofrerem violência. O artigo 7º da *Lei Maria da Penha* nº 11.340/2006 anuncia as formas de violência doméstica aplicadas pela lei:

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 danos 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.

Em resumo, o artigo acima descreve as formas de violência doméstica: violência física, doméstica, psicológica, sexual, patrimonial e moral. É nítido que a *Lei Maria da Penha* define que violência não é somente aquela física que cause lesões corporais à mulher, mas também aquela fira a honra, a imagem e o psicológico, bem como toda violência que afete a plena saúde da mulher.

3 UMA NOVA FORMA DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA ERA TECNOLÓGICA

A *internet* tornou-se comum para o mundo, porém ainda recente para a evolução histórica. Com o crescimento da economia no mundo, empresas começaram a empreender em tecnologia da informação visando a um aumento de produtividade e redução de custos e com trabalhos humanos, por isso a chegada da *internet* é considerada um marco histórico para o milênio. Por efeito da guerra fria contra a União Soviética, os Estados Unidos, em 1960, desenvolveram um grupo de pesquisa para a defesa, que criou uma forma de comunicação não centralizada, mais tarde nomeada pelo pesquisador Joseph Licklider como rede galáctica.

Em 1989, a *internet* chegou oficialmente ao Brasil. A rede mais esperada foi efetivada pela rede nacional de pesquisas (RNP), e teve como função auxiliar os meios acadêmicos, sendo custeada com financiamento do Conselho Nacional Científico e Tecnológico (OKA, 2020).

Em decorrência da chegada dos meios tecnológicos, é nítido que hoje é praticamente impossível realizar atos sem a ajuda da *internet* e dos meios tecnológicos. Os meios digitais fazem parte da vida do ser humano e são usados para estudar, trabalhar, fazer compras, ou até dialogar com a família, mas, ao mesmo tempo, eles possuem também aspectos negativos. Com o grande aumento de usuários, a *internet* tornou-se um lugar perigoso e propício para a criminalidade, utilizada pelos agressores para cometer crimes. A proporção desses atos ilícitos chegou a um nível muito elevado, sendo necessária a criação de legislações específicas para o meio digital, pois o Código Penal não trazia tipos penais para condutas desenvolvidas em ambiente virtual. Assim, os crimes praticados virtualmente passaram a ser distinguidos dos atos executórios dos crimes comuns e diferem-se, portanto, dos crimes da legislação geral.

O uso da *internet* ainda se tornou motivo de preocupação, pois apenas com um "registro" mal-intencionado é possível fazer uma vítima a qualquer instante. A *internet* estava cada vez mais propícia ao crime e a disseminação do ódio, assim, o que preocupava autoridades e usuários era a falta de normas jurídicas, bem como a dificuldade de punição. A *internet*, mediante a falta de legislação específica, era vista como "terra sem lei" pela vítima. Dessa forma, foi criada no Brasil, a *Lei do Marco Civil*, que tem como finalidade impor limites aos internautas para as ações digitais pautadas na ideia de que na *web* se pode tudo (DIAS; BORGES; SANTOS, 2020).

Mesmo depois de anos de lutas pela igualdade e liberdade, a mulher da sociedade atual ainda sofre com a violação de seus direitos na área digital. Nos últimos anos, de 2016 a 2020, os casos de violência contra mulher praticados por meio da *internet* foram assustadores, esse tipo de crime já ocorre há bastante tempo, sendo praticado pelos próprios parceiros ou ex-parceiros, na maioria das vezes.

A Constituição Federal de 1988 descreve em seu artigo 5º inciso X que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e ainda assegura o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 2016, p. 13).

Quando uma mulher tem sua honra e imagem privada expostas sem consentimento, há o que se configura como violação aos direitos humanos, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, resultando em vítimas que sofrem de violência psicológica e moral.

Corroborando com a definição anterior, o agente do delito, para ser responsabilizado perante a legislação penal, precisa ter conduta dolosa, quando há intenção de alcançar o dano. E, além disso, deve caracterizar três elementos: o delito tem que estar tipificado na lei, além de o ato praticado deve ser ilícito e que haja vontade para determinada prática danosa. O fato típico, segundo essa visão finalista, é composto pelos seguintes elementos: a) conduta dolosa, b) conduta omissiva ou comissiva, tem se resultado; o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; c) tipicidade (formal e conglobante).

Primeiramente, ao se falar em crime virtual, é necessário fazer a conceituação do termo crime. "Crime é toda conduta típica, antijurídica- ilícita e culpável praticada pelo ser humano, no Brasil, adota -se a visão analítica, o conceito de crime como fato típico, ilícito e culpável". (GRECO, 2016, p. 198).

A definição para os crimes digitais abrange toda e qualquer atividade ilegal, realizada com o uso da tecnologia, que nesses últimos anos tem se tornado habitual. Os delitos cometidos na esfera virtual podem ser chamados de crimes cibernéticos, digitais ou *cybercrimes*. Nessa categoria de crime não existe o contato físico do agressor com a vítima, pois ocorre em ambiente virtual. Com a chegada das leis, criou-se regras; crimes digitais podem ocorrer em qualquer hora e lugar, e podem ultrapassar os limites morais e éticos, porém já há legislação específica, e o que diferencia o crime digital dos demais é somente o meio pelo qual é praticado.

Lucchesi e Hernandez (2018) afirmam que são considerados crimes digitais:

Qualquer conduta humana (omissiva e comissiva) típica, antijurídica e culpável, em que a máquina computadorizada tenha sido utilizada e de alguma forma, tenha facilitado de sobremodo a execução ou a consumação da figura delituosa, ainda que cause um prejuízo a pessoa sem que necessariamente se tire algum proveito ou vantagem, pelo contrário produza benefício ilícito, mesmo que não cause prejuízo material à vítima.

Assim, nos crimes digitais, o agressor se utiliza de meios tecnológicos para praticar os atos executórios do crime, causando danos à vítima. Para a consumação dos crimes digitais, é necessária a presença do pressuposto tecnológico como meio da prática ilícita.

Quando a conduta do agressor está prevista em uma norma proibitiva existente, e ocorre diante de crimes comissivos, basta que o comportamento seja positivo de acordo com a configuração do tipo penal (GRECO, 2016).

Diante do exposto, verificou-se que o agente, ao usar os meios tecnológicos para praticar atos que causem danos à vítima, pode vir a cometer crime, conforme tal conduta esteja prevista em lei como tal. Com base nas ideias já mencionadas, outra classificação dada aos crimes como comum ou próprio, o delito digital, em regra, é um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo a qualidade especial do agente.

3.1 Crimes virtuais de grande relevância no Brasil contra honra das mulheres

Atualmente, é comum ver reportagens sobre crimes virtuais contra a mulher. Crimes como a pornografia de vingança, como é conhecido no Brasil, referem-se ao compartilhamento de fotos ou vídeos íntimos. Essa conduta pode ser decorrente do término de um relacionamento afetivo entre o autor e a vítima. Dessa forma, o agressor inconformado com o rompimento expõe a parceira como forma de vingança. Esse tipo de conduta fere a honra e o psicológico da mulher sendo caracterizada como uma violência moral.

Na afirmativa de Guilherme Nucci (2019, p. 838), ele diz que a honra é a depreciação ou senso comum que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, em forma de um comportamento positivo que a sociedade faz devido à moral e aos costumes.

Em consonância com a Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, o artigo 5º inciso X descreve que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o que permite ainda uma indenização decorrente do dano moral que feriu os direitos da vítima e também pune o agressor penalmente e civilmente pela violação.

3.1.1 Pornografia de vingança

O termo “pornografia de vingança” é traduzido do inglês *revenge porn*. Dessa forma, a nomenclatura é usada para caracterizar a divulgação não consensual de fotos, vídeos, montagens de conteúdos íntimos da vítima, por parte do agressor que manteve um vínculo afetivo com a mulher e, conseqüentemente, expôs esse conteúdo na *internet*, no intuito de vingar-se e de rebaixar a sua honra. Esse conteúdo é exposto na *internet*, qualquer pessoa pode ter livre acesso a ele (BUZZI, 2015).

Desse modo, o crime em questão é uma violência de gênero, pois demonstra autoridade masculina sobre o corpo da mulher, exercendo uma forma de poder sobre o sexo feminino e que a mulher é submissa ao homem. No Brasil, esse crime faz com que o agressor responda civilmente por danos morais e materiais.

3.1.2 Estupro virtual: reinterpretação com o artigo 213 do Código Penal

O crime de estupro virtual tem sido bastante discutido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo caracterizado como uma ameaça imposta pelo agressor, visto que ele tem, em seu domínio, conteúdos íntimos da vítima como fotos e vídeos. Assim, o objetivo do autor do delito é chantagear a mulher com o conteúdo para obter alguma vantagem, fazendo com que a vítima adote os comportamentos exigidos. Essas chantagens atingem especificamente o sexo feminino, e isso tem causado consequências drásticas na vida da mulher, tanto no aspecto psicológico quanto no aspecto moral.

É de suma importância identificar a finalidade da ameaça, para não se confundir. Se a ameaça do agente é voltada em obter favores íntimos, caracteriza-se o crime a partir da ameaça, por outro lado, se a vantagem solicitada for econômica, trata-se do crime de extorsão.

Em se tratando do estupro virtual, é uma modernização do crime de estupro decorrente da evolução tecnológica e social dos últimos anos. Assim, tal prática adveio das novas formas de relacionar virtualmente por meio das novas mídias sociais, em que o estupro não é executado apenas pela conjugação carnal mais, mas também dentro do ambiente virtual. Por isso, atualmente, o legislador interpretou o crime estupro como executado também na modalidade a distância em ambiente virtual. Dessa forma, o Código Penal brasileiro em seu artigo 213 define o crime de estupro:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2020, p. 88)

No primeiro caso de estupro virtual ocorrido no Piauí, a vítima, após o fim do relacionamento afetivo, teve sua intimidade e nudez registradas enquanto dormia pelo agressor que era seu ex-parceiro, esses registros posteriormente foram utilizados para chantagear a vítima.

Mediante o que o autor supracitado diz, com a adequação do atentado violento ao pudor, o ato em que a vítima for submetida forçosamente à prática de atos libidinosos, diversos de conjunção carnal, é considerado estupro. Ou seja, com a adequação do artigo 213 do Código Penal, o agente ao solicitar que a vítima pratique atos libidinosos mediante ameaça está praticando estupro, em razão desta ser uma prática consumada por meios tecnológicos. Assim, o crime foi intitulado de estupro virtual.

3.2 Casos de crimes virtuais no Brasil e suas punições legais cabíveis

3.2.1 Caso Rose Leonel

A jornalista Rose Leonel foi uma das primeiras brasileiras vítimas de crimes virtuais, e o seu caso ficou conhecido internacionalmente. O crime ocorreu porque o ex-marido não aceitava o fim do relacionamento afetivo com a vítima. Nesse caso, a exposição foi uma forma de vingança na qual ele disseminou seu ódio por meio da divulgação não consentida de conteúdos íntimos da mulher.

Os prejuízos ocasionados à vítima chegaram a ser imensuráveis tanto na área material quanto na área moral. A vítima foi demitida do emprego em uma emissora de televisão reconhecida na sua cidade, os filhos da jornalista, por não aguentarem tamanha desonra e dor da mãe, mudaram-se para o exterior. Rose Leonel afirmou em uma entrevista que “nós, mulheres, precisamos de apoio psicológico e jurídico, em todos os âmbitos para trabalhar contra o crime virtual (VARELLA, 2016).

O crime ocorreu no ano de 2006, mas o sofrimento da vítima se prolongou, pois não havia ainda no Direito Penal uma legislação pertinente à conduta do agressor. A honra e a imagem da vítima foram dilaceradas durante anos; além disso, o agressor distribuiu o material íntimo em toda América Latina, vendeu os conteúdos para *sites* de pornografia. A imagem da brasileira foi desmoralizada mundialmente, e, inclusive, ele vinculou esse material em um *site* de prostituição, no qual constava o número de telefone da vítima. A vida de Rose tornou-se um tormento, pois as ligações de *sites* e pessoas eram incontáveis, e foi necessária até a mudança do número telefônico da vítima.

Nesse sentido, pode-se destacar que a atitude do agressor quase rompeu a vida de Rose, que foi quase morta na rua de sua cidade. A sociedade inseriu a culpa na vítima. Além da dor e do sofrimento da família, a vítima teve uma morte civil pela sociedade, sendo inclusive demitida. “Foram anos de lutas, diz a jornalista, para que houvesse uma punição para o agressor”. Isso gerou na vítima um trauma psicológico, causando pensamentos suicidas. O conteúdo de Rose ficou durante muito tempo exposto, pois o Direito Penal era precário até para fazer a exclusão do conteúdo divulgado, visto que a legislação penal era ineficaz.

Com o passar do tempo, a vítima se restabeleceu psicologicamente e criou uma ONG para amparar mulheres vítimas desse delito. A organização, que ajuda mulheres vítimas de crimes virtuais, é a ONG Marias da *Internet*, criada pela jornalista Rose Leonel, vítima de crime virtual. Rose destaca que a mulher não é responsável por todo constrangimento que passa, por essa razão, a ONG disponibiliza suporte e ajuda com profissionais qualificados para a vítima, tais como psicólogos, advogados e peritos. Denota-se disso que a função da ONG é orientar a mulher a como agir diante da exposição virtual não autorizada. A jornalista, proprietária da ONG também faz parte de grupos de palestra em escolas, e já afirmou: " é necessária que seja imposta uma reeducação desde cedo para apaziguar a violência contra a mulher. "

3.2.2 Caso da atriz Carolina Dieckmann e a lei em sua homenagem

O caso da atriz Carolina Dieckmann, ocorrido em maio de 2012, é de suma relevância tanto para o Direito Penal quanto para a sociedade. A atriz foi vítima de crime virtual ao solicitar que um técnico de computação fizesse determinada manutenção em seu *notebook*, e, posteriormente, o prestador de serviços copiou as imagens íntimas para extorsão; foi quando a atriz, por não atender a ameaça, teve suas fotos íntimas divulgadas.

Em decorrência de já existirem projetos de leis para os crimes digitais, o ocorrido com a atriz só impulsionou o congresso a aprovar a Lei nº 12.737/2012, que foi nomeada de *Lei Carolina Dieckmann*. Essa decisão foi de suma importância para a sociedade e para o Direito Penal, assim sendo uma resposta de urgência aos crimes digitais que estavam ocorrendo no Brasil e culminou na alteração do Código Penal. Diante desse cenário, a atriz global procurou a polícia para o início da investigação e relatou que chegaram a expor na *internet* 36 (trinta e seis) fotos íntimas (GARCIA, 2017).

Conforme o referido, o responsável pelo crime foi localizado com a ajuda eficiente da Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática, mas Carolina chegou a receber diversas ligações com ameaças e chantagem. O criminoso chegou a pedir o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para que não expusesse suas fotos no ambiente digital. Assim, por não atender a chantagem do invasor, a atriz teve suas fotos divulgadas na *internet*.

Desta forma, a Lei nº 12.737/2012 (*Lei Carolina Dieckmann*) foi considerada uma solução que o legislador encontrou para punir esses delitos digitais, alterando o Código Penal de 1940, ao dispor sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

Sob o ponto de vista de Lima (2020), a lei tipificou como crime, inserido o novo capítulo no Código Penal, dedicando-o aos crimes contra a liberdade do indivíduo.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o intuito de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (BRASIL, 2020, p. 66).

Desta feita, fica claro que a alteração do Código Penal com a Lei nº 12.737/2012, *Lei Carolina Dieckmann*, é um reconhecimento que a legislação precisava, como forma de segurança jurídica, garantindo tutela sobre os valores fundamentais da sociedade. O objetivo é incriminar os delitos futuros e ampliar o direito de punir, mas sempre em consonância com o princípio da irretroatividade: “não se aplica, porém, aos fatos ocorridos antes da lei entrar em vigor”. Dessa forma, antes da referida lei, atos ilícitos digitais eram considerados atípicos para o Direito Penal, assim, a *Lei Carolina Dieckmann* não foi somente uma homenagem à atriz, mas também uma importante segurança jurídica brasileira que teve como objetivo principal a liberdade e a intimidade no mundo digital.

3.2.3 Registro não autorizado da intimidade sexual e a introdução das leis 13.718/ 2018 e 13.772/2018: uma forma de proteção à intimidade sexual da mulher

Primeiramente, ao se falar em registro não autorizado, é necessário conceituar a intimidade, que por ser uma garantia fundamental descrita na Constituição Federal, é considerada um direito de todo ser humano. Observa-se que esse direito é decorrente de fatos, ações e acontecimentos que estão sob domínio exclusivo da vida da pessoa, não permitindo que seja compartilhado conteúdo considerado a parte interna de cada ser humano. As condutas tuteladas pela intimidade são protegidas em dados, imagens, documentos e conteúdos que resultam em prejuízos e constrangimentos à reputação da honra da pessoa, sendo tipificada como crime, no Código Penal brasileiro, a divulgação não autorizada de eventos íntimos da vida de alguém (LÔBO, 2020).

Como já abordado no presente estudo, em decorrência da evolução tecnológica, a privacidade das mulheres e outros indivíduos estava cada dia mais vulnerável e propensa a ser violada. Os meios tecnológicos geralmente usados para a prática dos delitos são máquinas fotográficas, aparelhos telefônicos e entre outros aparelhos de última geração, capazes de captar dados pessoais, imagens, falas e movimentos.

Antes da Lei nº 13.718/2018 e da Lei nº 13.772/2018, não havia tipicidade dos crimes contra a dignidade sexual e os crimes sexuais contra os vulneráveis no ambiente virtual. Assim, todo o ato de divulgação de cenas e imagens não consentidas eram respondidas pelo infrator como danos morais e materiais. Diante da falta de punição severa, esse ato

de divulgação se alastrou de tal maneira que foi preciso que o Código Penal brasileiro criasse legislação para defender os anseios da sociedade, sobretudo das mulheres (DE ALMEIDA; ALMEIDA; CARVALHO, 2018).

Neste contexto, o legislador, ao analisar a conduta do agente, verificou que esse ato de divulgar materiais íntimos da vítima violava uma garantia fundamental de caráter subjetivo, e que era preciso tomar algumas atitudes, pois essas divulgações estavam em desacordo com os direitos fundamentais. Além disso, há a dor da vítima ao ser exposta, pois isso afeta sua honra, sua moral, e deixa seu psicológico abalado. Imagina-se que muitas vidas foram destruídas antes da criação desta lei, e mediante a falta de consequências, havia na sociedade o sentimento de impunidade. Como o ordenamento jurídico não reprimia a conduta, um simples pagamento de indenização por danos morais deixava o agente livre de punições penais, de modo que ter a honra violada não tinha valor constitucional, e isso infringia a base constitucional de direitos e garantias.

De acordo com Guilherme Nucci (2019), a alteração do Código Penal, com a adequação do título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual, foi inserido o capítulo I-A Registro não autorizado da intimidade sexual artigo 216-B e capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável artigo 218-C, contém as seguintes redações já tipificadas como crime no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 216-B Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou ato libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoas em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo (BRASIL, 2020, p. 89).

As definições acima fizeram nascer uma reprovabilidade da conduta e, assim, a prática de quaisquer desses atos é considerada crime específico, e o registro não autorizado com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado finalmente passou a ser considerado crime. O principal objetivo desse capítulo é resguardar a dignidade sexual da vítima, pois a privacidade é uma garantia tão relevante que é considerada direito fundamental, e a sua violação é vedada pela Carta Magna de 1988, que traz no artigo 5º sua garantia expressa, mas o artigo 216-B deixa a desejar com os benefícios penais para o agente.

Percebe-se que é um crime de menor potencial ofensivo ao analisar só a pena e que esta admite conversão em penas restritivas de direitos, bem como aceita *sursis*. Tal pena determinada pelo legislador foi muito criticada pela sociedade, já que não se compara à dor e o sofrimento causados às vítimas pela divulgação dos registros digitais vergonhosos que acarretam destruição, culpa e até pensamentos suicidas.

Mediante o exposto, a Lei nº 13.772/2018 alterou a *Lei Maria da Penha* e o Código Penal de 1940, que inseriu o artigo 216-B, reconhecendo em seu artigo 1º a existência de violação da intimidade da mulher, que se configura como violência doméstica e familiar, além de criminalizar, conforme a Lei, o registro não autorizado com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado (BRASIL, 2018).

Em decorrência da Lei nº 13.718/2018 que alterou o Código Penal com um capítulo, e nos crimes sexuais contra vulnerável, inseriu-se o seguinte tema em seu artigo 218-C: divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia:

Art.218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informação ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constituir crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1.º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (BRASIL, 2020, p. 91-92).

Posto isso, é possível verificar a responsabilidade penal do agente quanto às ações divulgadas por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática, fotografias ou vídeos de sexo nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima na cena. A preocupação do legislador foi punir o agressor que pratica essas ações por meio de fotos, vídeos, audiovisuais, televisão, transmissões em emissoras, mensagens, *e-mail*, seja a ação praticada com uso de meios de telecomunicação como *WhatsApp*, *Instagram* etc. (SOUSA, 2018).

A divulgação de cenas de sexo, nudez ou pornografia é considerada uma forma de deturpação do sexo, que passa a ser visto como algo chulo e vulgar. Assim, esse dispositivo veio de casos concretos, acontecidos na sociedade brasileira. Os agentes usam a *internet* para tornar os atos íntimos da vítima de conhecimento do público. A modificação do novo artigo traz o aumento da pena quando o agente pratica qualquer dessas ações descritas no artigo 218-C. Caso o agente mantenha ou tenha mantido relação íntima com a vítima com a finalidade de se vingar ou humilhar, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Isso mostra o grau de reprovabilidade da conduta e gera a sensação de obediência na sociedade para que não cometa esses tipos de ilícitos penais que desonram a mulher e resultam em desrespeito social da vítima. (NUCCI, 2019).

Antes da legislação vigente, o agente respondia penalmente pelo crime de injúria previsto no artigo.140. Do Código Penal § 3º.

Art.140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 3.º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. (BRASIL, 2020, p. 59)

É notável que essa pena era muito irrelevante e não protegia a mulher. Dessa forma, considera-se a Lei nº 13.718/2018 uma importante alteração para reprovabilidade desses ilícitos penais e modificou também a natureza da ação penal, que passou de condicionada para pública incondicionada. Desse modo, qualquer pessoa que tenha legitimidade para ser parte e tome conhecimento do fato será representante da ação.

3.2.4 A relevância da lei do Marco Civil nos crimes digitais

Posto isso, a partir da preocupação do legislador com os diversos crimes acontecidos na era digital, bem como com a segurança dos direitos fundamentais, e em respeito à liberdade de expressão na era digital, foi promulgado em 2014 a Lei nº 12.965/14, nomeada como *Marco Civil da Internet*, que estabelece direitos, garantias, deveres e, principalmente, observa os princípios para o uso da *internet* no Brasil. (GARCIA, 2017).

O *Marco Civil* é considerado uma “Constituição da *internet*” que delimita pontos marcantes, como por exemplo a privacidade na *internet*, e determina as diretrizes para que o Estado atue e imponha princípios.

O artigo 7º da Lei nº 12.965/14 (*Marco Civil*) regulamenta os princípios que regem a *internet* no Brasil, esse artigo menciona, em sua redação, que a *internet* é essencial para o exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados esses princípios, que têm como regra a proteção da intimidade, o sigilo de dados e informações, além de evitar a discriminação da informação. Esses princípios estão descritos no (artigo 7º, incisos I, II, III) que regula sobre as garantias dos indivíduos diante de situações de violação. (CÉSPEDES; DA ROCHA, 2017).

Dessa maneira, entende-se que essa lei protege a intimidade e a vida privada, e não restam dúvidas que com ela é possível localizar a identificação do criminoso, bem como é possível disponibilizar a localidade de onde foi executado e os meios tecnológicos. É obrigação do provedor, no caso de matérias íntimas que afetem a honra, privacidade e intimidade, retirar o conteúdo a pedido da vítima, logo, nessa situação, não é preciso de ordem judicial. Caso o provedor não retire o conteúdo íntimo, ele responderá subsidiariamente pela omissão imposta à vítima. É descrito de forma concisa no artigo 21 da referida lei:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a disponibilização desse conteúdo. (BRASIL, 2014).

Em resumo, isso mostra a importância dessa lei, pois antes dela, esses conteúdos íntimos ficavam durante anos empúblico e qualquer pessoa poderia ter acesso. Dessa forma, a dor e a humilhação da vítima podem ser diminuídas.

3.3 A degradação psicológica da mulher nos crimes virtuais, e possíveis formas de prevenção

É importante destacar as consequências psicológicas que os crimes geram nas mulheres vítimas de crimes digitais. Além de violarem os direitos e garantias fundamentais, inúmeros são os casos em que as vítimas, por não aguentarem a repressão, tiram a própria vida; enquanto outras passam a sobreviver à base de tratamentos médicos e ajuda de psicólogos, abandonam os estudos, nem conseguem emprego. A vítima, além desse sofrimento, ainda passa a ser vista como autora e responsável pelas exposições sofridas, e é frequente que recebam acusações por parte da sociedade, que ao invés de culparem o agressor, transferem isso para a vítima.

Na afirmativa de Luiza Sobreira (2020):

Estudos realizados nos EUA, comprovam que 51% das vítimas de crimes virtuais geram pensamentos suicidas, 82% perdem o respeito pela sociedade, 93% passar a ter sofrimentos imensuráveis perdem a vontade de viver; 49% são perseguidas on-line em sites e todos recursos tecnológicos.

Com isso, quando o agressor pratica a pornografia de vingança, ele está matando a mulher socialmente, visto que ela encontra dificuldade até para novos relacionamentos. Isso tudo ocasiona trauma e medo. Nesses casos, a *Lei Maria da Penha* tem legitimidade para caracterizar essa violência como psicológica, pois o agente pratica a conduta com a finalidade de humilhar, rebaixar e fazer uma degradação na saúde da mulher.

Assim, a carta magna Constituição Federal (1988) colabora com a seguinte proteção em seu artigo 6º e *caput* inserindo os direitos sociais de cada cidadão, com a seguinte redação:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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 (BRASIL, 2016, p. 253).

Portanto, é notório que a saúde é um dos direitos mais protegidos na vertente constitucional pois garante que todos tenham vida digna. Assim, os crimes de violência contra a mulher no âmbito virtual são uma afronta à Constituição Federal, pois uma pessoa que sofre tais atos pode passar a ter menos prazer pela vida.

Em virtude dos drásticos casos de violências na *internet*, foi criada a *SaferNet* Brasil, uma organização criada por vários cientistas e sem fins lucrativos, que tem como objetivo combater a violação de direitos humanos na *internet*. A organização mencionada tem uma parceria com a Polícia Federal, Ministério Público e empresas privadas, e já ajudou diversos estados brasileiros por meio de canais e serviços sigilosos e gratuitos, com o intuito de ajudar as vítimas por meio de uma equipe de profissionais e psicólogos para orientar as vítimas (BUZZI, 2015).

Com fundamentos no autor mencionado, essa organização é uma forma de denúncia, prevenção e segurança, que visa a tornar a *internet* um ambiente democrático e livre de violências e preconceitos.

4 CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado neste estudo, é notório que a violência contra a mulher é recorrente desde a antiguidade, já que uma sociedade ainda patriarcal dominada pelo machismo, apesar de tantas evoluções, sempre impôs à mulher um papel simbólico para ser seguido.

Dessa forma, é evidente que, devido às evoluções tecnológicas, a violência contra a mulher ganhou proporção com os meios digitais. Crimes que já eram comuns no ordenamento jurídico foram abrangidos pelo uso da tecnologia. Além disso, devido à falta de segurança jurídica para as vítimas e casos de grandes repercussões, foram inseridas legislações específicas no ordenamento jurídico para punir os agressores.

O presente trabalho revisou a legislação penal e os referenciais teóricos, além do contexto histórico da violência contra a mulher. A pesquisa teve o objetivo de identificar os crimes virtuais contra mulheres de maiores repercussões no Brasil, e identificou as medidas que ajudam no amparo psicológico das mulheres vítimas de crimes digitais depois que sofrem ilícito penal, como a *SaferNet* e ONGS voltadas para esses casos de violação de direitos na *internet*. Essas instituições são compostas por uma equipe de profissionais especializados, pois o dano moral e psicológico que esse crime causa na mulher, como foi exposto na pesquisa, é avassalador. Portanto, não resta dúvida de que a *internet* se tornou um espaço de crueldade para mulheres vítimas de crime.

Visto posto, percebe-se que pela forma como são aplicadas as legislações, as leis e normas em Direito Penal, elas são eficazes para amparar as vítimas virtuais, no entanto, o poder judiciário deve ser mais rigoroso ao punir os agressores, pois não se pode aceitar que violações de direitos como essas sejam consideradas como um crime de menor potencial ofensivo. Vê-se que a necessidade não está apenas em seguir a norma minuciosamente, mas também é preciso uma reeducação na sociedade e incentivo à prevenção no país por meio de investimentos em programas socioeducativos, assim como políticas públicas para proteção da mulher.

REFERÊNCIAS

- AIRES, K. H. S. A mulher e o ordenamento jurídico: uma análise do tratamento de gênero pela legislação civil brasileira. **Conteúdo Jurídico**. Brasília - DF: 25 de out. 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50866/a-mulher-e-o-ordenamento-juridico-uma-analise-do-tratamento-de-genero-pela-legislacao-civil-brasileira>. Acesso em: 28 out. 2020.
- ALVES, T. A. S. A lei Maria da Penha Completo. **Jus Navigandi**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65125/a-lei-maria-da-penha-completo>. Acesso em: 30 out. 2020.

BODART, Cristiano Neves. Para entender de uma vez o que é misoginia. **Café com Sociologia**. [S. l.], 02 nov. 2018. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/para-entender-misoginia/>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. 3. Ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. 142 p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, e revoga o decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, set. 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=4377&ano=2002&ato=9e4kXWq5UNNpWT242>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 2006. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 143, n. 151, p. 1, ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

BUZZI, V. M. **Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/133841>. Acesso em: 8 de abr.2021.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal 1**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580164>. Acesso em: 02 abr. 2021.

CÉSPEDES, L.; DA ROCHA, F. D (orgs.). **Vade Mecum**. 23. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

DE ALMEIDA, R. T.; ALMEIDA, M. S.; CARVALHO, A. P. D. A relevância da lei 13.718/2018, seus impactos nos casos de *revenge porn* e a preservação ao princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 6, n. 5, p.1807-1834, 2020.

Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1807_1834.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

DE SOUZA, L. C. S.; SILVA, R. C. Pornografia de vingança: uma análise acerca das consequências da violência psicológica para a intimidade da mulher. **Interfaces Científicas** - Direito, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 103–116, 2020. DOI 10.17564/2316-381X.2020v8n2p103-116. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/8495>. Acesso em: 27 abr. 2021.

DIAS, A. M.; BORGES, E. N. C.; SANTOS, Z. A. Porno de vingança: revisão sistemática do sistema jurídico brasileiro. **Vertentes do Direito**, Tocantins, v. 7, n. 1, p. 214-230, 2020. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/8561/16902>. Acesso em: 31 out. 2020.

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

ESTADÃO. Cármen Lúcia diz sofrer preconceito por ser mulher e pede Constituição em defesa das minorias. **Estadão**, Rio de Janeiro, 12 nov. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sofro-preconceito-por-ser-mulher-afirma-ministra-carmen-lucia,70002605290.amp>. Acesso em: 30 out. 2020.

ESTEFAM, A. **Curso de Direito Penal 2**: parte especial. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E- book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719239>. Acesso em: 8 mar. 2021.

GARCIA, A. T. **O direito à intimidade e a frágil privacidade da era digital: uma análise sobre os crimes cibernéticos e a eficácia da lei Carolina Dieckmann**. 2017. 63f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/1651>. Acesso em: 22 de mar. 2021.

GOMES, I. P. M. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade da Lei Maria Penha**. 2018. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Serra do Carmo, Brasília - DF. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51849/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-efetividade-da-lei-maria-penha>. Acesso em: 30 out. 2020.

GONÇALVES, T. A. **Direitos Humanos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581671>. Acesso em: 20 de out. 2020.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

KRAEMER, H.; SPRENGER, J. **O martelo das feiticeiras**. Tradução: Paulo Froés. 28.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

LEAL, B. B. **Evolução histórica do Direito à luz da retórica**. *E-book*. [S. l.]: Poiesis, 2015.

LÔBO, P. **Direito Civil: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719241>. Acesso em: 09 abr. 2021.

LUCCHESI, A. T.; HERNANDEZ, E. F. T. Crimes virtuais: *ciberbullying, revenge porn, sextortion*, estupro virtual. **Officium: estudos de direito**, v. 1, n. 1, p. 2, 2018. Disponível em: <https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020.

NUCCI, G. S. **Código Penal Comentado**: dos crimes contra a pessoa. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, K. L.; COSTA, L. A. O surgimento de um novo crime: estupro virtual. **Etic - Encontro de iniciação científica**, v. 15, n. 15, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7739/67648335>. Acesso em: 10 abr. 2021

OKA, M. História da Internet. **Todo Estudo**. Disponível em: <https://www.todoestudo.com.br/historia/historia-da-internet>. Acesso em: 31 out. 2020.

SANTANA, M. I. A História da Mulher na Filosofia. **InfoEscola**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociedade/a-historia-da-mulher-na-filosofia/>. Acesso em: 19 set. 2020.

SOUSA, M. F. **Comentário ao art. 218-C do Código Penal**. JusBrasil. 2018. Disponível em: <https://matheusfalivene.jusbrasil.com.br/artigos/630364992/comentario-ao-art-218-c-do-codigo-penal>. Acesso em: 11 abr. 2021.

VARELLA, G. "O que difere a pornografia de vingança de outros crimes é a continuidade". **Época**. 16 fev. 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/o-que-difere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-continuidade.html>. Acesso em: 8 abr. 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ERRO MÉDICO E A ATIVIDADE JURISDICIONAL

LUCIANA SILVA FERNANDES:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo (FASEC).

RESUMO: O presente trabalho possui a finalidade de apresentar um estudo sobre a responsabilidade civil pelo erro médico, com possibilidade ou não, discorrendo sobre a possibilidade ou não da ocorrência desse evento. Para tanto, foi considerado posicionamentos doutrinários que demonstraram ao final, o cabimento da responsabilização, desde que esteja configurado que o médico tenha agido com culpa. O estudo é primordial para demonstrar a comunidade universitária acerca da grande precariedade que é a produção de prova em juízo, razão pela qual se observa por vezes inexistência de condenação. Assim, o erro médico passa a ser tratado na justiça como um erro que não poderá ser, de certa forma e em parcela significativa dos casos concretos, tolerado. No entanto, a falta cometida pelo médico é atenuada em razão da dificuldade de se obter prova da conduta médica que levou ao erro. Em razão disso alguns processos apresentam como resultado improcedência no pedido do autor. Eventual ação de danos morais, materiais e estéticos, poderá ser significativamente comprometida, tornando difícil verificar se realmente houve a falha do médico. O operador do direito, seja advogado ou órgão julgador, deverá se valer de todos os meios de provas, possibilitando o devido processo legal.

Palavras-chave: Erro médico. Provas. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The present work has a knowledge of presenting a study on civil liability for medical error, with or without possibility, discussing the possibility or not of the occurrence of this event. For that, it was considered doctrinal positions that demonstrated

at the end, the appropriateness of accountability, since it is defined that the doctor has acted with guilt. The study is essential to demonstrate to the university community about the great precariousness that is the production of evidence in court, which is why it is sometimes observed that there is no conviction. Thus, medical error starts to be treated in court as an error that in most cases it cannot be tolerated. However, the absence committed by the doctor is mitigated due to the difficulty of obtaining proof of the medical conduct that led to the error. As a result, some lawsuits result in the petition of the plaintiff being rejected. Eventual moral, material and aesthetic damages can be significantly compromised, making it difficult to verify if the doctor really failed. The operator of the law, whether a lawyer or a judge, must use all means of evidence to ensure due legal process.

Keywords: Medical error. Evidences. Civil responsibility.

Sumário: Introdução; 1. Da atividade e do erro médico; 1.1. Histórico; 1.2. Da atividade médica e relação médico-paciente; 1.3. Dos direitos e deveres dos médicos e pacientes; 1.4. Do erro médico; 2. A responsabilidade médica; 2.1. Prerrogativas morais e legais dos pacientes; 2.2. O excesso de trabalho como causa do erro médico; 2.3. Da prestação do serviço: obrigação de meio e de resultado; 2.4. Ônus da prova e a dificuldade da prova no erro médico; Conclusão. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pelo erro médico é, sem dúvida, temática que merece especial atenção, sobretudo em tempo de pandemia. O atual momento nos convida à abordagem ora proposta, de modo a compreender a relação entre o instituto da responsabilidade civil e a atividade médica.

Abordar tal temática conduz a compreensão de seu significado, trazendo a diferenciação do seu entendimento comum no qual a ação do médico está ligada a uma expectativa de cura.

Mais ainda, nos propõe a análise da atividade médica pericial em processos judiciais, sendo a problemática de maior relevância no presente trabalho.

Não são poucos os casos em que o próprio perito judicial convocado pelo juiz para a realização do esclarecimento sobre os fatos acaba por ser tentado a não revelar o erro cometido pelo colega de profissão. Além destes existem ainda peritos mal preparados que tendem a proferir laudos equivocados. Diante desta problemática fica muito difícil de comprovar o erro médico, o juiz não poderá se deixar influenciar por opiniões consideradas controversas, seja pela imprensa, familiares do autor ou da vítima ou ainda das conclusões apresentadas pelo perito judicial.

Cabe registrar que o magistrado deverá sempre ser cauteloso, de forma a proceder com imparcialidade, determinando a produção comprobatória complementar a qualquer momento, ou ainda, indeferir um determinado meio de prova, estando ou não convencido da veracidade ou falsidade do fato a ser provado. Neste sentido, o médico deverá apresentar todos os documentos que comprovem a sua inocência, como, por exemplo, o prontuário com o histórico do paciente.

A medicina é uma ciência bastante importante para salvar vidas. No estudo em tela se busca ressaltar para a comunidade que essa importância se faz acompanhada por intensa responsabilidade, na medida em que os erros trarão repercussões na esfera das vítimas e da própria sociedade. Igualmente, nota-se a dificuldade do aplicador do direito compreender como deve ocorrer a comprovação do erro médico, considerando os

aspectos de cada caso concreto e, ainda, o próprio corporativismo de setores da classe médica.

O método empregado é o dedutivo e pesquisa bibliográfica e de campo, tendo em vista que partirá de criteriosa análise *in loco* de certo ambiente, no qual será estudado o objeto do vindouro trabalho monográfico. A pesquisa também é bibliográfica, haja vista que abarcou uma revisão da literatura disponível quanto ao tema.

Ante o exposto, o objetivo do estudo consiste em explicitar os pressupostos concretos para a ocorrência da responsabilidade civil pelo erro médico, com enfoque na produção de provas em juízo.

1 DA ATIVIDADE E DO ERRO MÉDICO

1.1 HISTÓRICO

Desde os momentos considerados como mais remotos da história, a preocupação voltada para a saúde sempre foi uma constante na sociedade. Assim, na Antiguidade, não se concebia uma atividade médica propriamente dita. Existiam apenas pessoas que se dedicavam ao curandeirismo, que não detinham nenhum tipo de conhecimento científico, mas, que por meio dos estudos de determinados fenômenos, adquiriram conhecimento empírico, que se constituiu na arte da cura, com a utilização de porções extraídas de ervas e tratamentos por meio de remédios naturais que eram testados nos próprios doentes.

Os médicos egípcios eram possuidores de um livro com as regras que se obrigavam a obedecer às regras específicas da medicina em um livro médico. Em caso de cura de um paciente, as suas condutas ou técnicas não poderiam ser diferentes do prescrito no livro, do contrário, seria o médico punido. Portanto, verifica-se que “os médicos seriam sempre imunes a qualquer tipo de sanção, de forma independente da prática ou do resultado apresentado pelo paciente” (KFOURI NETO, 2020).

Ainda no século V A.C., mais precisamente na Grécia, por meio do *Corpus Hippocraticum* (Corpo – ou Código - de Hipócrates) de construção filosófica aristotélica, observa-se o estudo verdadeiro no campo da medicina. Salienta-se que “a culpa médica não é presumível apenas pelo fato de não se obter êxito no tratamento, mas, é necessário analisar e também individualizar com base na conduta praticada pelo profissional” (VIEIRA, 2019).

Porém isso já faz parte do passado e do folclore porque atualmente a medicina não é mais exercida como se sacerdócio fosse. Há, por assim dizer, “uma “mercantilização” dos serviços médicos que começa pela proliferação de universidades com a consequente queda na qualidade de ensino” (SCHAEFER, 2018).

Assim, o estudante, ao optar pelo curso de medicina, não o faz como uma vocação natural, mas como uma opção de sobrevivência futura. Além disso, ainda enfrenta a “baixa remuneração, o que os obriga a ter mais de três empregos simultâneos, cuja consequência é a má qualidade dos serviços médicos, principalmente nos hospitais públicos” (KFOURI NETO, 2020).

Outro fator que interfere na profissão é a proliferação dos planos de saúde que cobram caro de seus associados, mas que remuneram pessimamente os seus profissionais credenciados, enfim, a falência do sistema de saúde no Brasil. Todo esse quadro remete ao estudo da responsabilidade civil por deficiência, erros e falhas na prestação de serviços médico-hospitalares que, para melhor compreensão, deverá ser analisado sobre dois ângulos distintos: quando prestada pessoal e diretamente pelo médico, como profissional liberal e, quando prestada de forma empresarial através dos hospitais, clínicas, casas de saúdes, bancos de sangue, laboratórios e planos de saúde.

1.2. DA ATIVIDADE MÉDICA E RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O ser humano, para conservar a sua saúde e evitar doenças e não se sujeitar à dor e às enfermidades, recorre ao médico, pois, qualquer pessoa quer sempre manter-se mental e fisicamente sadio. Em tese, “a atividade médica tem o propósito de impedir os males e disponibilizar soluções para manter a saúde dos indivíduos” (KFOURI NETO, 2020).

De fato, a atividade médica é, dentre as atividades profissionais, a que mais está impregnada de nobre importância para a humanidade. Tal importância reside no fato de o corpo humano ser o principal instrumento de trabalho nessa profissão. E “o perfeito desempenho da atividade médica é algo imprescindível para todos os cidadãos, na proteção da vida e da saúde” (VIEIRA, 2019).

Observa Vieira (2012, p.19) que o desempenho da atividade médica é algo tão importante que “[...] uma atitude de omissão do médico, ao contrário de outras profissões, pode causar um dano irreparável para o ser humano”. E por ser imprescindível o bom desempenho do médico é que Lopes (*apud* VIEIRA, 2019, p.17) define a atividade médica como:

Um conjunto de atos, operações e tarefas próprias desenvolvidas pelos médicos e demais profissionais sanitárias, que normalmente têm lugar sobre o corpo humano e que tendem direta ou indiretamente à conservação, melhora e, em geral, promover as condições da saúde humana, individual ou coletiva, em todas suas faces físicas, psíquicas e sociais.

A atividade médica é baseada em uma série de procedimentos, operações e tarefas próprias dos profissionais da medicina. Pode-se dizer que é uma atividade que tem como objetivo a relação com o corpo humano, com a conservação e melhora da saúde do homem em todos os aspectos, cuja intenção é aproximar-se da cura. Mas mesmo com esse conjunto de procedimentos, a Medicina não é uma ciência exata, pois não possui resultado certo no tratamento de uma doença. Trata a medicina de ser um aglomerado de conhecimentos relativos a fatos ou fenômenos autônomos, dentro de uma experiência englobada por um conjunto de ciências particulares aplicadas à preservação, melhoria e recuperação da saúde humana, para a própria sobrevivência da humanidade (VIEIRA, 2019).

Referidas tarefas, que são desenvolvidas pelos médicos “devem ser entendidas conjuntamente, devido à sua íntima relação. Assim, o interesse social da atividade médica se justifica pela sua finalidade, e esta, ao mesmo tempo, explica a licitude dos atos médicos”. É importante ressaltar ainda que a Carta Magna prevê em seu art. 196 que: “A saúde é um direito de todos e um dever do Poder Público” (BRASIL, 1988). A previsão legal da saúde enquanto um direito essencial está prevista na Lei n. 8.080/90, cujo artigo 2º preceitua:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§1º o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Assim, estimular a saúde humana, não é só competência do profissional médico, mas também do Estado, e que a todos interessa. Quanto à relação entre médico e paciente engana-se quem acha que só quem possui direitos são os pacientes e só quem detém obrigações são os médicos. Segundo Luzia Chaves Viera (2012, p.103), “Todo direito implica obrigação. É muito comum a preocupação em enfatizar o direito do paciente, esquecendo-se ao mesmo tempo de alertar sobre suas obrigações. Não há direito que não venha acompanhado de obrigação”.

Entretanto, “são várias as etapas que compreendem a relação médico-paciente, na qual é avaliada desde o primeiro encontro no consultório, ou hospital, até o fim do tratamento e, se alcançável, a cura do doente” (SCHAEFER, 2018). A relação médico-

paciente pode ocorrer de várias formas diferentes. Nesse raciocínio Luzia Chaves Vieira (2012:25) leciona:

Quando o paciente procurar determinado médico para que cuide de sua saúde, e o médico o atende no consultório e quando o médico se encontra em um hospital e atende o paciente em caso de emergência ou urgência, ou em razão de algum convênio ou seguro com uma Instituição hospitalar, bem como se o médico é contratado por uma empresa para atendimento de seus funcionários.

Consequentemente, esses casos estabelecem entre médico e paciente uma relação jurídica da qual emana obrigações, deveres e direitos para cada um. O médico deverá tratar da saúde do paciente, com observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa. E o paciente deverá pagar os honorários médicos, se não estiver sob a custódia do Estado (SUS), ajudar e contribuir na busca da possibilidade de cura.

1.3. DOS DIREITOS E DEVERES DOS MÉDICOS E PACIENTES

Desde o primeiro contato estabelecido entre o médico e o seu paciente se forma uma relação contratual e por força deste contrato ambos possuem direitos e obrigações. E dessa relação contratual derivam diversos deveres para o paciente, nos quais, os mais essenciais consistem no dever de o médico informar e do paciente em pagar pelos serviços, em caso do não atendimento pelo Estado.

Primeiramente, sobre o dever de informar, Giostri (2019, p. 170) expõe seu entendimento no qual ressalta a ideia de que: “tais dados dizem respeito aos antecedentes pessoais, patológicos e hereditários do paciente, bem assim, sobre sua enfermidade atual e outras ocorrências médicas, seus hábitos alimentares e a medicação de qual esteja fazendo uso”.

O paciente que não informar corretamente o médico sobre aquilo que o profissional deve saber para a sua intervenção junto ao seu cliente, poderá pôr sua vida em risco, ou em menor proporção, pode sua postura de mal informar, vir a se constituir hipótese de liberação de responsabilidade do médico. Por isso, a importância de não sonegar informações ao profissional (GIOSTRI, 2019).

Como se pode aduzir do texto acima, o doente se sobrepõe a qualquer pessoa sadia e guarda o direito de ser tratado com dignidade e ter toda assistência necessária para o seu tratamento, desde direito a assistência contínua, psicológico, religioso, até o direito de saber a real verdade sobre o seu estado de saúde e consequentemente, sobre sua doença. Tem-se que dentre os vários direitos dos pacientes, um dos mais importante é o

direito da informação, previsto na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XXXIII, que assim preceitua:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular, ou interesse coletivo geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Não se pode esquecer que “o médico deve praticar os procedimentos indicados, por intermédio de autorização do paciente ou responsável (salvo casos de urgência ou emergência)” (CAVALIERI FILHO, 2016). Assim, ainda segundo o referido autor, “somente em risco de morte é que o médico pode efetuar alguma intervenção clínica ou cirúrgica, contra ou sem a vontade do paciente ou de seus familiares”.

Antes de dissertar sobre os direitos e deveres do médico é necessário acentuar que o trabalho desse profissional não é fundamentado em certezas, posto que, de acordo com o que conduz a atividade da profissão médica, “não se pode rejeitar a existência de perigos intrínsecos a seu ofício, já que tal profissional trabalha com margens de previsibilidade” (GIOSTRI, 2019).

Destaca-se, então, que por não ser fundamentado em certezas, o médico tem o encargo de atuar com zelo no desempenho da sua profissão, comportamento determinado de acordo com o estado da ciência e os métodos consagrados pelos médicos em geral. Outro aspecto a ser evidenciado nesse trabalho científico diz respeito aos deveres médicos, que nas lições de Fernanda Schaefer (2018, p. 35) importa no seguinte:

[...]os médicos possuem deveres em todos os momentos de atendimento ao paciente, ou seja, antes, durante e após o tratamento [...] dever de informar e de aconselhar de forma que o paciente possa compreender suas condições e o tratamento a ser seguido, dever de assistência e de perícia, dever de prudência e de diligência, dever de recomendar qual o melhor tratamento e explicar seus pormenores técnico, dever de manter-se constantemente informado sobre o quadro clínico de seu paciente, dever de vigilância, dever de sigilo quanto às informações confidenciais a que tiver tido acesso no desempenho de sua profissão, dever de guardar a vida humana e, finalmente, o dever de aperfeiçoamento constante, principalmente na área do diagnóstico que passa por transformações constantes devido ao desenvolvimento de novas tecnologia.

Ressalta que o paciente, de acordo com a assertiva, tem o direito de ter todas as informações sobre seu caso, como também cópias de documentações médicas tais como,

prontuários, exames, ressonância magnética, anotações de enfermagem, laudos diversos e avaliações psicológicas e tudo que diz respeito ao paciente (KFOURI NETO, 2020). Destaca-se ainda que na visão de Kfouri Neto (2010:33), “[...] o paciente, cônjuge ou filhos têm o direito de gravar ou filmar os atos médicos que sobre ele recaiam”. Com isso, poderá ouvir “[...] posteriormente a fita com mais calma, avaliar o tratamento, evitando interpretações equivocadas do que foi dito pelo médico”

Para não sobejar dúvidas acerca da informação que o paciente deve receber, o dever de informação, não é por si só inerente à atividade médica, mas é um dos direitos básicos do consumidor, em que a informação deve ser adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços. Outro dever intrínseco à atividade médica é o dever de cuidado, que é assegurado pelo dever de assistência, de cuidado ao paciente, o dever de atenção, de “indicar qual o tratamento mais adequado, uma vez que sempre deve informar o estado em que se encontra o paciente e zelar sempre a este dever de cuidado” (SCHAEFER, 2018).

No entanto, mesmo com tantos deveres, não se deve ter o médico como uma criatura dotada de capacidades sobrenaturais, contudo, esse profissional precisa de uma conduta que respeite os procedimentos adequados, pois há de se lembrar que, se trata de vidas humanas, em que os riscos devem ser os mínimos possíveis. Quanto aos direitos dos médicos atente-se para o fato de não ser o Código de Ética Médica a única fonte de direito.

O médico deve se ater ao dever moral de indicar o procedimento adequado ao paciente, sem importância se ético, religioso ou jurídico. Portanto, deve-se rejeitar o exercício de sua profissão em hospitais ou locais onde não há condições dignas de trabalho ou que possam prejudicar o paciente e o de internar e assistir seus pacientes em hospitais particulares, ainda que não faça parte do corpo clínico.

Entre alguns deveres do médico, o que se apresenta mais importante, é o de qualificar-se e atualizar-se permanentemente para o exercício profissional adequado da medicina, tendo que estar informado sobre novas técnicas e equipamentos, conforme expressamente determina o Código de Ética Médica. Antes da realização de qualquer procedimento, principalmente os de risco ou de intervenções jurídicas, “o médico deve pedir e obter o consentimento expresso do paciente, ou na impossibilidade, de seu representante legal ou parentes mais próximos, conforme o expresso no Código de Ética Médica” (VIEIRA, 2019).

A profissão médica deve ainda observância ao Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública, portanto de cumprimento obrigatório. De modo que o descumprimento do seu dever de informar, por si só, é caracterizado pela falha na prestação do serviço, e na ocorrência de dano, no qual prevalecerá o dever de indenizar.

1.4. DO ERRO MÉDICO

A profissão do médico é uma atividade de risco. Assim sendo, deve ser exercida com bastante zelo e cuidado para evitar erros, senão veja-se o que diz Irazy Moraes (2015, p. 289) define erro médico como sendo “a falha do médico no exercício da profissão”.

No mesmo sentido, tem se em linguagem simples que “o erro médico é a imperfeição de quem exerce a medicina como profissão e causa um dano a alguém em um procedimento médico” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2018).

No entanto, segue o entendimento de que o profissional não tem o dever de curar, mas é obrigado cuidar do paciente e deve fazer com adequação e com as melhores técnicas que a medicina oferecer. Assim sendo, “o erro médico é a falha no exercício da profissão quando não se utiliza esse preceito de agir com diligência na atuação médica”. Evidencia-se dessa maneira, que a prática da atividade médica, não tem compromisso com o efetivo resultado e, em virtude disso, as possibilidades do que se compõe um bom ou um mal resultado diferenciam no emprego a cada caso concreto e pode ir desde o falecimento do paciente, da simples diminuição de sua dor, de uma mera possibilidade de vida, até a melhora total. (SCHAEFER, 2018).

Para que caracterize erro médico, é preciso que estejam presentes, o dano ao doente, a ação do médico, o nexos efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado, a imperícia, imprudência ou negligência, portanto, a combinação desses elementos caracteriza o dano. No entanto, a falta de conhecimento induz a procura de direitos. Nesse diapasão, Fernanda Schaefer (2018, p.60) ensina:

Costumeiramente, pacientes e seus responsáveis confundem a não realização de suas expectativas com erro médico, chegando a procurar o Ministério Público, CRMs e autoridades policiais para formalizar pedido de providência. Compreende-se que estas pessoas, muitas vezes, estão desesperadas com a doença ou com a situação em que seus entes queridos se encontram, mas não se pode admitir que esta visão deturpada do procedimento médico cause o descrédito da profissão e, principalmente que acabe por condenar profissionais sérios e idôneos (SCHAEFER 2018, p.60).

O erro médico ainda se subdivide em erro culposo e erro doloso, erro escusável e erro inescusável. De conformidade com o preceituado acima, o crime configura-se, se doloso, com a vontade do agente que objetiva o resultado ou assume as consequências de produzir o ato ilícito, sendo ainda culposo, se resulta de ato involuntário, mas, que o agente deveria saber dos riscos.

Nesse viés, Irany Moraes (2015, p.289) entende resumidamente que o erro doloso, assim como o crime doloso “[...] é aquele cometido de forma voluntária”. E que “será crime doloso aquele no qual o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo indireto) ”.

Visualiza-se, nesse posicionamento, a preocupação doutrinária em clarear o que seja crime doloso bem como o culposo, no tocante à ação do agente no exercício da profissão, seja ela médica ou outra. De acordo o constante na assertiva é válido destacar que o crime doloso não acontecerá, sem a vontade do agente e nele haverá sua divisão, que nos moldes doutrinários, norteará a identificação da gravidade do ato. Tem-se ainda o dolo eventual pelo qual o agente conscientemente admite e aceita o risco de produzir o resultado. Além disso, “tem-se o erro ocasionado pela ação ou omissão do agente, mediante violação ou não observância de uma norma de conduta, e do qual resulta lesão ou danos” (SCHAEFER, 2018).

Assim, para o autor acima, tanto o erro doloso como o erro culposo possuem muita influência na responsabilidade penal dos médicos e isso pode influenciar também na determinação do valor a ser pago em caráter indenizatório na responsabilidade civil. Em relação ao erro escusável, o referido autor analisa como sendo aquele que era inevitável, de modo que ocorreria mesmo que o suposto autor tivesse tomado todas as cautelas de praxe.

Verifica-se pelo contido no texto retro, que os erros decorrentes das limitações da medicina, portanto, de procedimentos médicos aparentemente corretos e bem assim, os originados na falta de informações a serem dadas pelo paciente, embora existam, não oneram o médico em erro culposo ou doloso. Já o erro inescusável pode ser facilmente entendido. O erro grotesco é o erro inescusável, imperdoável, que impõe àquele que o cometeu o dever de reparar o dano que sobreveio ao paciente, por exemplo, analisar a radiografia invertida e operar a perna não fraturada. (VIEIRA, 2019).

Percebe-se que o erro inescusável, seria aquele que poderia ser impedido pelo agente se ele tivesse tomado os cuidados necessários antes de atuar. Portanto, poderia então não ter ocorrido o erro, assim, a conduta seria evitável. Por todo o exposto, denota-se que, embora exista, determinar o erro cometido por um profissional médico não é uma tarefa fácil, logo, não é possível admitir-se os critérios elencados como absolutos, pois, somente a análise do caso concreto poderá realmente dizer em qual erro se enquadra o médico que realizou um desafortunado procedimento.

2 A RESPONSABILIDADE MÉDICA

“Necessária é a atenção às prerrogativas morais do paciente, sua autonomia como sujeito ativo no processo de tomada de decisões” (GONZAGA, 2020). O paciente, diante de um erro médico, pode se dirigir ao PROCON, à delegacia, ao judiciário ou ao Conselho Regional de Medicina. O profissional incurso em erro médico responde nas esferas: civil, penal, ético-disciplinar e administrativa.

Somada à tutela legal, tem havido iniciativa por parte da sociedade em conhecer seus direitos e de reivindicá-los, quando ameaçados ou lesados. Hoje, além de as pessoas estarem mais bem informadas, existem associações ativas defendendo os direitos das vítimas de erro médico e de seus familiares.

2.1 PRERROGATIVAS MORAIS E LEGAIS DO PACIENTE

O Código de Defesa do Consumidor trouxe elementos que situam a relação médico-paciente em uma relação de consumo. A pessoa do consumidor, no caso o paciente, passou a ter seus direitos defendidos e protegidos pela norma consumerista.

A inversão do ônus da prova é um dos meios usados pelo Código de Defesa do Consumidor para que haja igualdade entre os dois polos da relação de consumo. E tem sido aplicado também na relação médico-paciente.

O inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor admite a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, quando for verossímil o alegado por ele ou quando este for hipossuficiente.

Entende-se por hipossuficiente a pessoa economicamente fraca, que não é autossuficiente. Parece, contudo, que o CDC pretendeu estender esse conceito para limites mais amplos, de vez que não seria insuficiência de recursos financeiros para cobrir as despesas com uma ação judicial, já que a assistência judiciária é assegurada a qualquer cidadão que queira ter acesso à Justiça, artigo 5º inciso I. Mas há hipossuficiência técnica, uma vez que o inciso I, do artigo 4º, gera a presunção legal absoluta ao proclamar a vulnerabilidade do consumidor. Conceituando-o, assim, “como pessoa fraca, se colocada ao lado de produtor ou prestador de serviços, e desprovida de conhecimentos especiais, por isso economicamente inferior” (SANTOS, 2020).

Essa pobreza de conhecimentos técnicos ou científicos sobre o produto ou serviço, transforma o consumidor no elo mais frágil da corrente da comercialização. A vulnerabilidade do consumidor deriva precisamente dessa insuficiência de conhecimentos sobre o produto que adquire ou sobre o serviço que contrata, o que responde por sua incapacidade de produzir, de modo eficiente, as provas do que alega (SANTOS, 2020).

Quando se reconhece que o consumidor, em face de uma situação litigiosa, acha-

se inferiorizado diante do fornecedor, a inversão do ônus da prova aparece como meio de pôr em equilíbrio a posição das partes no conflito.

Há casos, porém, em que o adquirente de um bem faz arguições mentirosas ao fornecedor para obter reparações pecuniárias indevidas. Esse dado justifica a conduta cautelosa do juiz na aplicação do que se contém no inciso VIII do art. 6º do CDC. (GONZAGA, 2020).

2.2 O EXCESSO DE TRABALHO COMO CAUSA DO ERRO MÉDICO

O excesso de trabalho dos médicos é considerado como uma das principais causas que pode levar ao erro médico. A preocupação com o excesso de trabalho dos médicos não é um tema atual, torna-se imprescindível retratar a saúde dos médicos em razão do excesso de trabalho, visto que a presente profissão é extremamente estafante.

Ao se tratar da questão excesso de trabalho, torna-se necessário analisar a forma como o atendimento médico é organizado, sendo que por vezes traz consigo grande dificuldade no tratamento com o doente, em razão do trabalho ora desempenhado em excesso, bem como, da própria falta de comunicação entre os especialistas, demonstrando claramente não conhecer os riscos ou benefícios das interações de suas ações sobre seu paciente.

A iatrogenia tende a se constituir como um erro médico quando não se observa todos os riscos de um determinado procedimento. O presente problema se fundamenta nas condições de trabalho do médico, sendo o mesmo estrutural, e, portanto, pode ser minimizado ou mesmo solucionado, a partir de um atendimento diferenciado do médico, bem como, da carga horária dele. É importante salientar que é preciso implantar um sistema de saúde que mantenha sempre o médico responsável pelos seus pacientes, trazendo ao mesmo como atribuição uma carga horária mais flexível, totalmente voltada para a saúde do profissional. Ocorre que a realidade das condições do exercício médico traz antigas discussões no campo das ciências, como, sociais, psicológicas, entre outras, demonstrando que as condições ambientais, sob as quais o trabalho passa a ser realizado, tendem a influenciar na qualidade dele.

Ao se utilizar conceito de condições de trabalho, se refere como o sujeito se relaciona com o seu trabalho, de forma a abranger vários aspectos, como: relacionamento com os envolvidos, remuneração, jornada de trabalho, entre outras. Assim, as condições precárias de trabalho ao qual o médico se submete trazem consigo significados diferentes, abrangendo tanto os médicos como os demais profissionais desta área, bem como, os próprios pacientes (SCHAEFER, 2019).

Um médico por meio da pressão social e de sua equipe de trabalho, por vezes é obrigado a atender grande quantidade de pacientes em um período curto de tempo, ou ainda, se vê forçado a exercer um ritmo de trabalho acelerado de forma a aumentar sua renda. Não restam dúvidas que o erro médico advém deste ritmo acelerado que a própria profissão impõe ao médico, levando o profissional por vezes a estafa, e consequente diminuição de seu desempenho.

Nas relações de trabalho, mais precisamente de suas estruturas, estas apresentam mecanismos formais e informais de informações, bem como, ritmo de trabalho, são divididos em duas ordens de problemas, sendo estas: a) Condições estruturais de trabalho que não abrange o número suficiente de trabalhadores preparados; b) Organização de trabalho voltada para as cadeias de comando, bem como, a atribuição de fluxo de informações, entre outras (GONZAGA, 2020).

“As condições consideradas como inadequadas de trabalho tendem a aumentar o estresse, desencadeando grandes problemas que resultam em erro no atendimento”, tanto em relação ao diagnóstico como ao procedimento. Por vezes, o médico na ânsia de terminar logo a consulta do paciente, faz com que ele não suspeite de caso grave, realizando um diagnóstico totalmente superficial, visto que para ele a queixa do paciente não é importante (STOCO, 2019).

Nestes casos o médico não suspeita de caso grave, caindo em erro, sendo que este erro, por vezes, se torna totalmente irreversível. Em muitos casos o médico opta pelo caminho mais rápido ao atender o paciente. Assim, o quadro do paciente passa a ser analisado apressadamente, e um simples relato do cliente ajuda a convencer no diagnóstico dado pelo profissional. Ocorre uma relevância motivacional que tende a influenciar na ação do sujeito social. Percebe-se que um simples diagnóstico poderá ser acometido de erro, mesmo que este seja difícil de ocorrer, visto não existir um julgamento severo por parte do profissional (VIEIRA, 2019).

É neste contexto, que se enxerga claramente figurada a sobrecarga do profissional médico na prática de seu trabalho. Diante desta realidade, é necessário que o profissional que cometeu o erro reconheça o mesmo, e venha a demonstrar a sua culpa.

Dada a necessidade de aprender fazendo, a cirurgia é uma filosofia de jogo de contato com o corpo, que os participantes compartilham em vários graus de intensidade; um erro atribuído a estas categorias é aceito como rotina é inevitável, e tratado como uma oportunidade para repassar os truques do ofício, estes são erros extraordinários que desafiam as suposições tácitas que tornam a ordem social possível.

Os erros que ocorrem nessa categoria são considerados violações morais do responsável e como uma oportunidade de ação corretiva, para que a conversa entre

médico e paciente dure o mais rápido possível. Quando você pensa sobre as condições médicas de trabalho, é fácil entender como o estresse pode fazer com que os trabalhadores negligenciem ou apressem as consultas médicas. Portanto, essa correria no processo de consulta muitas vezes é causada pelo tamanho da fila de espera ou pela quantidade de funcionários no local de atendimento. A realidade atual mostra que os problemas estruturais conduzem a graves problemas que vão de encontro às políticas institucionais e, decorrente dos hábitos dos trabalhadores.

Sob o ponto de vista da instituição, se pensa em mecanismos, além de aumento da capacidade de atendimento, de modo a diminuir o estresse laboral, bem como, o risco para o paciente, incorrendo em erros. Normalmente, o que ocorre nas unidades de saúde é a dificuldade de se distribuir o trabalho de forma adequada no decorrer do dia, problema que traz a modificação do ritmo de trabalho médico, resultando no erro do diagnóstico.

2.3 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO: OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

O primeiro contato entre o médico e o paciente deve ser de primordial importância e tem que existir uma empatia recíproca. Na obrigação de meio, existe um comprometimento em relação aos meios empregados para que determinada atividade seja realizada. Deste modo, se limita ao compromisso de utilizar conhecimentos específicos, bem como, práticas recomendadas, sempre com máxima diligência com a finalidade de realizar o objetivo pretendido, sem a garantia de que a finalidade será realmente alcançada.

Diante disto, a obrigação de meio não tem a finalidade de assegurar o resultado, isto em razão da impossibilidade de se garantir a realização do fim a que se destina. Por essa razão, ocorrerá o inadimplemento da obrigação apenas quando a atividade não for desempenhada com a real diligência, bem como, com o cuidado devido,

Portanto, na obrigação de resultado, o devedor passa a ser comprometido a atingir um fim determinado, de modo a assegurar o efetivo cumprimento do objeto que fora pactuado. Nesse caso, é possível citar como exemplo deste tipo de obrigação os contratos de prestação de serviço, como, a cirurgia estética feita por um cirurgião plástico, o conserto de um veículo, construção de um edifício, entre outros (VIEIRA, 2019).

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que nos contratos de meio, o devedor é obrigado a empregar diligência, de forma a conduzir com prudência o ato de modo a atingir a meta colimada. De um modo geral, a atividade médica é vista como uma obrigação de meio, visto que o médico se compromete a tratar o paciente com diligência, de forma a utilizar todo o seu conhecimento científico. Assim, não se obriga ao mesmo a curar o enfermo, visto que a efetiva cura não depende propriamente do profissional, mas, de fatores externos. Existem, todavia, algumas situações em que ocorre a obrigação do

médico em alcançar determinado resultado, como, por exemplo, nas cirurgias estéticas (VENOSA, 2020).

Em virtude disto, em procedimentos cirúrgicos de tal natureza, o que realmente interessa ao paciente é na realidade o resultado que consiste na melhora de sua aparência física.

2.4 ÔNUS DA PROVA E A DIFICULDADE DA PROVA NO ERRO MÉDICO

Várias são as possíveis causas do erro médico. Entre elas, cite-se condições de trabalho, jornadas acima do permitido, fatores psicológicos, entre outros. A presença de conduta inadequada para determinada ação pode colocar em risco a vida ou integridade do paciente pela incompetência, negligência ou imprudência.

Verifica-se que o maior empecilho para a comprovação do ato imprudente é o próprio corporativismo da classe médica, que acaba por agir de forma solidária com os demais colegas de profissão que tendem a cometer erros que levam a julgamento. Esta conduta acaba por comprometer severamente a ação, tornando difícil verificar se realmente houve a falha do médico, é por isso que para a realização de um julgamento justo, "o magistrado deverá se valer de todos os meios de provas para assegurar o devido processo legal" (VENOSA, 2020).

Cabe primeiramente adentrar na grande precariedade que é a produção de prova, razão pela qual se observa por vezes inexistência de condenação, não porque o médico não tenha agido de forma errada, mas por não se conseguir comprovar os fatos que realmente aconteceram.

Em muitos casos, o próprio perito judicial que fora convocado pelo juiz para a realização do esclarecimento sobre os fatos acaba por ser tentado a não revelar o erro cometido pelo colega de profissão. Além destes existem ainda peritos mal preparados que tendem a proferir laudos equivocados. Diante desta problemática fica muito difícil de comprovar o erro médico, o juiz não poderá se influenciar por opiniões consideradas controversas, seja pela imprensa, familiares do autor ou da vítima ou ainda das conclusões apresentadas pelo perito judicial.

Cabe registrar que o magistrado deverá sempre ser cauteloso, de forma a proceder com imparcialidade, determinando a produção probatória complementar a qualquer momento, ou ainda, indeferir um determinado meio de prova, estando ou não convencido da veracidade ou falsidade do fato a ser provado. Neste sentido, "o médico deverá apresentar todos os documentos que comprovem a sua inocência, como, por exemplo, o prontuário com o histórico do paciente" (VIEIRA, 2019).

É importante ressaltar que os vários erros ocasionados em razão da conjectura médica, principalmente com relação aos erros de diagnósticos, o magistrado por vezes poderá ser indulgente, mas, deverá sempre usar de severidade no caso de faltas cometidas em virtude da conduta conscientemente culposa, no caso de imperícia, imprudência ou negligência. Com isso, as dificuldades encontradas pelo magistrado para a comprovação do erro médico não poderão ser consideradas como benevolente em razão da medicina ser uma arte conjectural, o operador do direito deve mostrar uma postura totalmente equilibrada, não agindo com rigor excessivo, mas, sendo guiado pelo senso de justiça impetrado pela sociedade.

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor traz entre os direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo regras ordinárias de experiência”.

Primeiramente, torna-se necessário estabelecer que a inversão presente no Código de Defesa do Consumidor acaba por contrariar a previsão do artigo 333 do CPC, sendo que para este deverá o autor provar os fatos constitutivos de seu direito e a figura do réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Deste modo, com a conversão em favor do réu, é importante salientar que as partes poderão transigir sobre o ônus da prova, com exceção do fato questionado dizer respeito a direito indisponível, não se permitindo nenhum tipo de acordo ou mesmo transação. Assim, “no direito indisponível não é admitido à transação ou mesmo a confissão, e, não poderá materializar a inversão do ônus por convenção entre as partes” (VENOSA, 2020).

Vale mencionar que, normalmente a inversão do ônus no âmbito judicial nas demandas relacionadas ao consumo é tutelada por meio da lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Contudo, verifica-se que as relações de consumo apresentam grandes desproporções entre as partes envolvidas, sendo, que, diante disto, o código de defesa do consumidor apresenta regras protetivas à figura do consumidor perante o fornecedor.

Portanto, nas relações de consumo, sempre caberá ao fornecedor a prova de que não é possuidor de responsabilidade, existindo, desta forma, a inversão judicial. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor traz a autorização do magistrado para inverter o ônus da prova, sendo sempre em favor do consumidor, desde que este seja possuidor das seguintes hipóteses tidas como alternativas pela própria doutrina majoritária, sendo que, para alguns autores, é imprescindível a presença dos dois pressupostos em conjunto (GONZAGA, 2020).

Em geral, a mera hipossuficiência econômica poderá ocasionar a concessão da assistência judiciária, seguindo a lei n. 1060/50, visto como meio de garantir a justiça gratuita, e alegando um determinado fato, possibilitando o ônus de provar. Logo, quando acontecem erros médicos, a hipossuficiência que se alega não é a econômica, mas, a técnica. Assim, o magistrado deverá ordenar a inversão, procurando observar a superioridade técnica do médico em relação ao doente para a produção de provas que se encontram em prontuários nos hospitais ou clínicas.

Daí é possível verificar a desproporção nas relações inerentes ao consumo entre médico e paciente para a produção de provas, visto que dependem sempre de conhecimentos técnicos ou informações que normalmente se encontram bastante inacessíveis.

No caso de um erro médico, nota-se claramente a diferença entre o médico, possuidor de conhecimento técnico sobre o assunto, e o paciente, que não é conhecedor da ciência, e se encontra em um momento difícil e totalmente fragilizado. Como visto, “a inversão do ônus neste caso traz consigo a relação da questão da hipossuficiência, tendo a mesma o sentido de proteção dos que detêm menos conhecimentos técnicos” (VENOSA, 2020).

Diante dessa realidade, a inversão do ônus tem como finalidade contornar todas as dificuldades que a vítima tem em relação a demonstrar ao dano causado pelo médico, sendo que por vezes se torna totalmente impossível, em razão dos termos técnicos que dificultam a compreensão. Desta forma, com a inversão do ônus ocorre a equiparação das partes, sendo fator essencial para a aproximação da real verdade do conflito da lide, possibilitando uma indenização justa por um dano ocasionado, se for o caso. A questão da hipossuficiência retratada no artigo 6º, VIII, não se refere à condição econômica do consumidor, mas, sim, à questão de ordem especialização técnica que abrange o conhecimento restrito apenas ao fornecedor (GONZAGA, 2020).

A inversão representa uma garantia do princípio constitucional da isonomia, visto que o próprio CDC acaba reconhecendo a desigualdade entre as partes na relação de consumo, quando materializa que todo consumidor é vulnerável. Deste modo, o CDC, com a finalidade de igualar as partes, deixando as relações harmônicas, institui a inversão do ônus da prova, desde que se comprove que o consumidor é considerado hipossuficiente e suas alegações sejam verossímeis. É bom salientar que a inversão poderá ocorrer quando o consumidor venha a atuar como autor ou como réu.

Diante de tudo o que foi abordado neste capítulo, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro admite a responsabilização por erro médico, desde que este erro seja comprovado como uma falha no exercício da profissão e esteja imbuído de culpa.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, portanto, a sua ofensa deve ser reparada civilmente, tanto quanto ao dano material quanto à moral. Nessa senda, tem-se a regra básica de que todo aquele que praticar ato ilícito fica obrigado a reparar a vítima, isso tanto na esfera penal ou civil.

Porém, no que tange à responsabilização civil por erro médico, o assunto encontra posicionamentos diferentes, de forma que não se tem um consenso quanto à possibilidade ou não do cabimento da responsabilidade civil do profissional da medicina que comete um ato ilícito, daí a razão de se ter procurado pesquisar sobre essa temática. O estudo formulado pode concluir que há a possibilidade sim de ocorrer a responsabilização civil pelo erro médico, ou seja, o médico possui a obrigação de reparar qualquer dano que venha a causar ao paciente no exercício de sua profissão.

Mas, a pesquisa demonstrou, também, que para a configuração da responsabilidade civil do médico, devem estar presentes os requisitos da responsabilidade civil. Notou-se, ainda, que a responsabilização civil pelo erro médico é cabível, porque muitas vezes, a conduta do médico é inadequada, inclusive, em alguns casos, por despreparo profissional e falta de condições mínimas de atendimento aos pacientes, situações que facilitam a ocorrência de dano a pessoas usuárias dos serviços médicos.

Constatou-se, ainda, que a caracterização do erro médico deve haver prova inequívoca de sua culpa, ou seja, que se tivesse agido de outra forma o dano que causou ao seu paciente não teria ocorrido, notadamente em casos de cirurgia plástica em que o médico se compromete a alcançar determinado resultado e nem sempre isso acontece, legitimando a vítima a buscar a responsabilização civil pelo dano sofrido. Apurou-se que após a comprovação efetiva do erro médico, a vítima tem o direito de buscar socorro na via judicial, quando a demanda não é resolvida amigavelmente.

Todavia, a pesquisa demonstrou que há uma grande dificuldade de a vítima obter a prova do erro médico, situação que tem gerado a improcedência de pedidos de responsabilização civil do médico que comete ato ilícito no exercício de suas funções.

O Trabalho permitiu constatar que o maior empecilho para a comprovação do erro médico é o próprio corporativismo da classe médica, que acaba por agir de forma solidária com os demais colegas de profissão e, com isso, a pessoa que sofreu o dano pela falha médica continua sendo a parte mais fraca na relação processual, razão pela qual em uma demanda judicial acerca desta matéria, o magistrado deverá se valer de todos os meios de

provas para assegurar o devido processo legal, inclusive, fazendo a inversão do ônus da prova.

Evidentemente toda ação gera uma consequência e por isso a falha médica quando devidamente comprovada deve ser reparada, mediante a responsabilização civil do profissional da medicina, que passa a ter o dever de reparar o dano causado pela sua conduta errônea, pois somente assim é que se pode esperar melhora significativa no atendimento dos serviços médicos. Por último, consigna-se que em razão da complexidade da matéria o assunto não se esgotou por inteiro, razão pela qual se espera que surjam outros trabalhos acadêmicos acerca dessa delicada e importante temática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Vademecum. Saraiva. São Paulo, 2020

BRASIL. **Constituição Federal**. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2019.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. rev, atual e ampl. Curitiba: Juruá, 2019.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. 1. ed. (ano 2001), 5. Reimp. Curitiba: Juruá, 2019.

GONZAGA, Álvaro Luiz Travassos. **Vade Mecum Humanístico - Teoria Geral da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

KFOURI, Miguel Neto. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

KFOURI, Miguel Neto. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Juruá, 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

MORTE DIGNA A LUZ DO BIODIREITO

AURISON LUIGI CARVALHO TAMEIRÃO:

Bacharelado do curso de Direito no Centro universitário Una.

LUCAS PONTES CILIRA OLIVEIRA

(coautor)

RESUMO: No transcurso deste artigo, será abordada a autonomia da vontade sobre a vida de cada indivíduo, em um aspecto bioético, apresentando todos os métodos com seus procedimentos, para que uma pessoa opte por terminar o seu ciclo de vida sem qualquer tipo de sofrimento. As formas mais utilizadas no mundo para uma morte sem dor são: Eutanásia e Suicídio assistido. Razão pela qual iremos abordá-las de forma mais profunda neste artigo. Ademais será abordada a eutanásia em diversas dimensões como: HISTÓRICA, RELIGIOSA E ÉTICA, fazendo um paralelo entre as legislações estrangeiras que adotam essa teoria, tomando como base o ordenamento jurídico vigente em cada país. Em seguida será tratada a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, será dada uma abordagem ao tema sob a luz do Biodireito. Nessa toada, será tratado também o suicídio assistido, como uma forma de procedimento que concede a própria pessoa o direito de provocar a sua própria morte. Assim, o indivíduo decide por não viver mais, mediante o grande sofrimento e então solicita a autorização ao poder público e com a devida autorização, o procedimento é realizado, na maioria das vezes, por prescrição de doses de medicação letais. Por fim, serão trazidas as opiniões religiosas, de acordo com seus respectivos princípios em um contexto mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Biodireito. Bioética. Morte digna. Dignidade da pessoa humana. Eutanásia. Ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT: In the course of this article, the autonomy of will over the life of each individual will be addressed, in a bioethical aspect, presenting all the methods with their procedures, so that a person chooses to end their life cycle without any kind of suffering. The most used forms around the world for a painless death are: Euthanasia and Assisted Suicide. Which is why we will cover them in more depth in this article. Furthermore, euthanasia will be addressed in several dimensions: in a HISTORICAL, RELIGIOUS AND ETHICAL dimension, making a parallel between the foreign laws that adopt this theory, based on the legal system in force in each country. And then bringing the perspective of the Brazilian legal system. Subsequently, an approach to the subject will be given under the light of Biolaw. In this vein, suicide will also be treated, as a form of procedure that grants the person the right to cause their own death. Thus, the

individual decides not to live any longer, due to great suffering and then requests authorization from the government and the procedure is performed, in most cases, by prescribing lethal doses of medication. Finally, religious opinions will be brought, according to their respective principles, in a world context.

KEYWORDS: Biolaw. Bioethics. Worthy death. Dignity of human person. Euthanasia. Brazilian legal system.

1. INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade até os dias atuais, o ser humano tem a ideia de que vida tem uma nota suprema na escala de valores. Logo, com o passar do tempo o ser humano vem aperfeiçoando os estudos relacionados à vida, sendo assim, a evolução da ciência tem trazido um desenvolvimento de técnicas de sobrevivência e comunicação que fizesse com que o homem se preocupasse mais com a manutenção de sua vida, desde a concepção com o nascimento, até a morte.

Por conta das transformações, dos avanços da ciência e da evolução humana, tratamentos e procedimentos da saúde cresceram de forma exponencial a ponto de se fazer necessário o surgimento de um novo ramo dentro da ciência do direito, qual seja, o Biodireito. Assim dizendo, o Biodireito tem como finalidade a preservação da dignidade humana e da bioética, por meio de um conjunto de regras que normalizam comportamentos médico-científicos diante dos avanços da medicina e da biotecnologia.

Desta forma, nota-se que o Biodireito abrange os institutos abordados no teor deste trabalho, que são: Ortotanásia, Eutanásia, Suicídio Assistido e Distanásia. Visando uma morte digna e sem sofrimento àqueles que possuem uma doença sem cura ou tratamento em estado terminal. Portanto, há algumas questões trazidas pela sociedade acerca da autonomia do direito a vida, tais como: O direito à vida é um direito absoluto? O procedimento é lícito à luz do ordenamento Jurídico Brasileiro? O que é tratado na Constituição? A quem cabe a decisão de morrer, ao indivíduo ou aos parentes? Os questionamentos que, muitas vezes, não podem ser respondidos, têm gerado grande repercussão jurídica, sem amparo no ordenamento jurídico vigente.

Importante ressaltar que, estes procedimentos, são debatidos nos mais diversos ramos do direito, embora, em algumas situações, entra em confronto diretamente com algum princípio Constitucional, tal como o da dignidade da pessoa humana. Este, por sua vez, é a égide do Estado Democrático de Direito, alicerce da Constituição Federal de 1988. Esses conflitos de princípios há vários anos vem gerando discussões dentro da comunidade jurídica, a qual será o debate deste trabalho.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humanasó foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a idéia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade. (COMPARATO, 2003, p. 225).

Sendo assim, nota-se que tal declaração colocou a vida como bem supremo, não levando em conta uma vida digna, sem sofrimento, além de desprezar a autonomia do ser humano em decidir sobre o fim da sua vida. Com isso gera um importante questionamento:

A vida é um direito ou um dever?

O art.5º da Constituição federal traz que a vida é um direito, contudo, entende-se que não existe um dever de permanecer vivo, tal exemplo é a prática de suicídio, em que não há proibição no tipo penal para a pessoa que tentar ou consumir seu autoextermínio (Constituição federal, 1988).

O Código Penal (CP), no artigo 122, caput, pune apenas os atos de induzir, instigar ou auxiliar outra pessoa para que o faça, pois desta forma não prevalecerá somente à vontade do agente, mas sim a contribuição de um terceiro. Sendo assim, a simples vontade do agente não seria suficiente para a consumação do fato (Código penal, 1940).

Nota-se que o legislador, ao criar o tipo penal, leva em conta a vontade da pessoa, tendo como motivação o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal é a lei soberana do Estado brasileiro, outras normas, só serão válidas se estiverem de acordo com ela.

No artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988, trata da dignidade da pessoa humana. A dignidade é valor moral e espiritual, e deve englobar todos os direitos fundamentais inerentes ao homem (Constituição federal, 1988).

A Carta Magna assegura os direitos individuais em seu artigo 5º e incisos. Os direitos individuais básicos expressos na nossa constituição estão relacionados no caput do mencionado artigo, são eles: direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

O bem jurídico mais importante que a Constituição tutela é o direito à vida, visto que sem ela não seriam exercidos os demais direitos. Sendo assim, o ordenamento jurídico busca impedir que o indivíduo tenha a liberdade de decidir sobre a própria morte. Contudo, o Estado nem sempre consegue impedir que alguém disponha da sua própria vida.

A própria Constituição assegura a todos uma existência digna. Porém, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, opta-se por aquele que importe em menor sacrifício, sempre respeitando e considerando o ser humano.

Se o homem não possui consciência de si mesmo, autocontrole, senso do futuro e do passado, perde a capacidade de discernimento, de se relacionar e comunicar com outrem, não há mais que se falar em humanidade. Sem estas características, a vida humana perde a sua qualidade e razão.

Ao princípio da dignidade do ser humano, deve ser acrescido o princípio da ponderação, ajustado à ética e a moral. Manter-se a vida com aparelhos, sem notar sofrimento e a sua incapacidade, passa então a perder o respeito pela dignidade humana.

Assim, o direito à vida não pode ser visto isoladamente dentro do nosso ordenamento jurídico, mas sim diante de cada caso em concreto, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que proíbe tratamentos desumanos ou degradantes.

3. DOS PROCEDIMENTOS

Nas situações em que a pessoa se aproxima da morte, o principal focodeveria ser proporcionar medidas de bem-estar, visando minimizar o sofrimento daquele doente em estado terminal, entregando a ele a oportunidade de ter uma morte digna e tranquila.

Com isso existem diversos procedimentos para essa operação, dentre os quais serão tratados a seguir:

3.1. EUTANÁSIA

A eutanásia é o ato de matar alguém que padece de sofrimentos intensos e irreversíveis, a pedido desta pessoa, com o intuito de proporcionar-lhe uma morte digna.

A palavra eutanásia deriva da expressão grega euthanatos, onde 'eu' significa bom e 'thanatos' morte. Numa definição puramente etimológica, é a morte boa, a morte calma, a morte piedosa e humanitária, a morte sem sofrimento e sem dor (SILVA, 1998).

Em 2000, José Ildefonso Bizatto, citando Morselli, conceitua eutanásia como "aquela morte que alguém dá a outrem que sofre de uma enfermidade incurável, a seu próprio requerimento, para abreviar agonia muito grande e dolorosa".

A Eutanásia se subdivide em ativa, passiva e duplo efeito. A primeira se dá quando, a morte do paciente é realizada sem sofrimento, de forma mais humanitária, valendo-se, por exemplo, de uma injeção letal. Já na passiva, a morte ocorre por omissão intencional do médico, que seria indispensável para a manutenção da sobrevivência, por exemplo, deixar de fazer uma série de procedimentos, como o uso de medicamentos, aparelhos etc.; Por fim a de duplo efeito, que ocorre quando, a morte é adiantada por atos praticados por médicos, não desejando matar o paciente, mas sim, aliviar o sofrimento da pessoa, por exemplo, a administração de morfina para amenizar a dor, provocando, consecutivamente, depressão respiratória e óbito.

A eutanásia ativa é uma das questões mais debatidas na era contemporânea, abrangendo a ética médica, legislação e política. Ao longo dos últimos 20 anos, milhares de artigos acadêmicos e livros têm abordado o tema, explorando as dimensões filosóficas e teológicas, debatendo processos judiciais e alterações legais, e realizando um levantamento de atitudes práticas reais no mundo (STOLBERG, 2007).

É importante conceituar outros termos próximos a eutanásia que são empregados de forma equivocada, como o Suicídio Assistido, a Distanásia e a Ortotanásia.

3.2. SUICÍDIO ASSISTIDO

O suicídio assistido, por outro lado, a pessoa padece de sofrimentos intensos e irreversíveis, e se mata com ajuda de outrem, seja de um médico, familiar, cuidador ou qualquer outra pessoa que lhe proporciona os meios materiais para tanto. Por exemplo, uma organização consegue a prescrição dos remédios ou da injeção com um médico e

prepara tudo para o suicida. É importante ressaltar que nesse processo o paciente deve executar o último passo, ou seja, ele deve tomar o medicamento ou aplicar a injeção.

3.3. DISTANÁSIA

A distanásia é a prática pela qual se prolonga, através de meios artificiais e desproporcionais, a vida de uma pessoa que padece de um sofrimento irreversível, opondo-se à eutanásia.

3.4. ORTOTANASIA

A Ortotanásia (também chamada de “eutanásia passiva” e que, etimologicamente, significa morte no tempo certo) é o nome dado à prática utilizada pelos médicos ao ver que o estado clínico do paciente é irreversível e que sua morte é certa, permitem que o paciente faleça, a fim de evitar sofrimento a esta pessoa. Assim dizendo, caracteriza-se por ser uma morte natural, sem nenhuma interferência da ciência, permitindo que o paciente tenha morte digna, sem sofrimento, apenas pelos fatores decorridos da doença. (Martins, Carlos Eduardo – Revista Consultor Jurídico 17 de setembro de 2013)

4. O DIREITO A MORTE NO CONTEXTO MUNDIAL

A questão de autonomia da vontade para o fim da vida é tema de debate em diversas regiões no mundo, tendo alguns países uma visão mais ampla e aceita. O Brasil, por sua vez, ainda engatinha quando se trata deste assunto. Anteprojetos que, no passado, tinham capacidade de se tornar referência em âmbito nacional se perderam em meio ao tempo e junto a eles, as grandes e importantes discussões.

4.1. HOLANDA

O primeiro país da Europa a permitir a eutanásia e o suicídio assistido foi a Holanda. Legalmente é indispensável que a pessoa tenha uma doença incurável e não existam possibilidades de melhora. É necessário que a pessoa esteja, na hora da morte, na plenitude das suas capacidades mentais. O recurso à eutanásia é permitido a partir dos 12 anos, com o consentimento dos pais.

4.2. BÉLGICA

Desde 2002, quando a lei descriminalizou a eutanásia em todas as suas modalidades, não fazendo distinção entre terminar a vida através de um terceiro, suicídio assistido ou deixar morrer. O médico tem um papel fundamental e tem a obrigação de

informar o paciente seu estado de saúde, analisar o pedido de eutanásia, tão quanto, as possibilidades de cuidados paliativos.

Não há limite de idade para uma pessoa solicitar a eutanásia. Desde 2014, quando a lei permitiu a extensão da eutanásia para crianças com doenças terminais, três crianças foram autorizadas a receber mortes com assistência médica. O paciente deve estar ciente disso ao fazer uma solicitação, que deve ser voluntária e sem qualquer pressão externa. Uma das condições é que o paciente esteja em um estado de saúde sem saída, em constantes e insuportáveis dores físicas e/ou psicológicas, e sofra de uma doença incurável. Na Bélgica, há também um Comitê Federal de Controle e Avaliação. (Milanezi, Larissa – Eutanásia: o que é? 25 de abril de 2017).

4.3. COLÔMBIA

É o único país da América Latina que possui uma implementação clara dos procedimentos de eutanásia. Desde maio de 2018, tornou-se o terceiro país do mundo a regulamentar, menores com doenças terminais depois da Holanda e da Bélgica.

Na Colômbia, a eutanásia foi legalizada há mais de 20 anos. No entanto, só em 2015 o método foi autorizado para adultos. (El País - 11 de março de 2018).

4.4. SUÍÇA

Não existe uma legislação própria sobre a eutanásia. No entanto, o artigo 114.º §1 do Código Penal, com o tema “homicídio a pedido da vítima”, aplica com pena de prisão até três anos ou multa, a quem, por compaixão, provoque a morte de outra pessoa, a seu pedido legítimo ou constante. Ademais, é permitida a prática de eutanásia passiva, por meio da interrupção de medicamentos, e da eutanásia indireta, onde a morte não é exatamente visada, mas aceita como efeito indireto da administração de morfina.

Foram criadas e existem na Suíça organizações como a Exit e a Dignitas, que ajudam no suicídio assistido, desde que o paciente tenha gozo das capacidades mentais e possa manifestar a sua vontade de forma consciente e livre, o seu requerimento seja sério e reiterado, a sua doença se seja incurável, o sofrimento físico ou psíquico que o acometa seja intolerável e o parecer da doença seja morte ou, pelo menos, uma incapacidade grave.

A associação Exit só aceita pacientes nacionais ou domiciliados na Suíça, ao passo que, a Dignitas acolhe nacionais e estrangeiros. (Milanezi, Larissa – Eutanásia: o que é? 25 de abril de 2017).

4.5. ESTADOS UNIDOS

Em âmbito federal, o ato médico de reduzir a vida por terceiros é proibido e comparado a crime. Contudo, o suicídio assistido está regulamentado em cinco Estados.

No Estado do Oregon o suicídio assistido foi aprovado, em referendo popular, em 1997. Em Washington em 2008, após consulta popular referendária. Em Montana, o suicídio assistido foi aprovado, por via jurisprudencial originada em caso concreto e firmada pela mais alta instância judicial do Estado, em 2009. No Estado de Vermont, em 2013, foi aprovada uma lei que permite o suicídio assistido e, na Califórnia, a partir de 2005, também através de uma lei. (Washington State Department of Health. Washington State Department of Health 2014 Death with Dignity Act Report.)

5. MORTE DIGNA

O ser humano, em sua natureza, não está habituado com a morte, pois tem em mente ser é um processo que envolve sofrimento, isso porque não está acostumado com a separação física. Pensa-se na preservação da vida e esquece que o ser humano é finito. Contudo, a morte pode ser vista de outra perspectiva, ou seja, sem sofrimento, sendo um alívio aquela pessoa que padece de uma dor, por vezes, insuportável.

Após isso, vem um novo questionamento: é possível uma morte digna?

Deve-se considerar a possibilidade de um fim digno em relação a uma pessoa que possui um sofrimento insuportável. No caso de ausência de normas que se torne possível uma morte tranquila, pelo menos que se aplique o princípio da dignidade da pessoa humana. Os Estados Unidos, por exemplo, que apesar de não permitir a eutanásia, em alguns momentos utiliza de outras práticas para que conduzam a um fim digno.

Para Ronald Dworkin, todos os estados americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os “testamentos de vida” (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas) ou as “procurações para a tomada de decisões em questões médicas” (documentos que indicam outras pessoas para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las) (Dworkin, 2003, apud MARTINS, 2008, p.10).

Atualmente, com o avanço da tecnologia debatem-se, através da Bioética, as ações dos profissionais da medicina em relação ao paciente em estado terminal, que não possui a menor condição de recuperar-se. O fato de manter alguém vivo apenas por

questões morais vai contra o princípio constitucional da dignidade humana. É tempo de descriminalizar a eutanásia e regulamentá-la será um grande passo para a humanização do ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 A MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Eutanásia no Brasil não tem previsão legal, porém pode ser compreendida pela doutrina como homicídio na sua forma privilegiada. Pois, ainda que, não especificado o agente, caso retirada a vida alguém que padeça de intenso sofrimento, tal ato será considerado de grande valor moral, facultando ao juiz, diante do caso concreto, atenuar a pena de 1/6 a 1/3, conforme o §1º, do art. 121, do CP.

Não obstante, é oportuno salientar, a figura do médico como agente sequer configura a ideia de suicídio assistido, uma vez que, também, não há previsão legal deste tipo penal na legislação criminal brasileira.

Neste mesmo código, a Eutanásia passiva está tipificada como crime previsto no artigo 135, tendo como título a omissão de socorro.

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparado ou em grave e eminente perigo; ou não pedir, nesses casos socorro da autoridade pública.

Pena – detenção de um a seis meses, ou multa.

§ único. A pena é aumentada da metade, se da omissão resultar lesão corporal de natureza grave, e triplica, se resulta morte.

No entanto, há um anteprojeto para alteração do Código Penal, criado em 1942, em que indica a prática da eutanásia e classifica como atípica a eutanásia passiva ou ortotanásia. “Esta passa a ser entendida como mero exercício regular da medicina” (SÁ; NAVES, 2009, p. 313).

Anos depois, surgiu uma importante alteração que merece destaque no texto do anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Num primeiro momento, em 1993, é inserido um § 6º ao artigo 121, com a seguinte redação:

§ 6º Não constitui crime a conduta de médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida de pessoa, vítima de enfermidade grave e que, de acordo com o conhecimento médico atual, perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la. A omissão ou

interrupção da terapia devem ser precedidas de atestação, por dois médicos, da iminência e inevitabilidade da morte, do consentimento expresso do cônjuge, do companheiro em união estável, ou na falta, sucessivamente do ascendente, do descendente ou do irmão e de autorização judicial. Presume-se concedida a autorização, se feita imediata conclusão dos autos ao juiz, com as condições exigidas, o pedido não for por ele despachado no prazo de três dias.

Num segundo momento, em 1998, surge outro texto, publicado no Diário Oficial da União, acerca da eutanásia onde o § 3º diz que “se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena – reclusão de três a seis anos” (SÁ; NAVES, 2009, p. 314).

Contudo é inserido, um quarto parágrafo neste novo texto, com a intenção de tornar-se norma penal explicativa, *in verbis*:

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Assim sendo, foram apontados estes dois artigos para demonstrar que não há consenso na regulamentação da eutanásia, em se tratando de um futuro código penal. Mas sim, uma divergência lógica diante do mencionado § 3º, que faz menção ao sofrimento físico insuportável, também indica a exclusiva vontade da vítima, bem como sua capacidade plena. Já o § 4º fala em consentimento do paciente e, na sua impossibilidade, a manifestação de vontade do ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

5.2. DO ASPECTO MORAL E RELIGIOSO

As religiões sempre exerceram grande influência na maneira de pensar e agir do ser humano, intervindo nos costumes e tradições, difundindo princípios, valores e normas de conduta doutrinária.

5.2.1. JUDAISMO

A tradição judia diferente das atuais enfrenta diretamente a morte. Isso porque, vêm os enfermos em estágio terminal, e a morte, como o tempo em que o paciente deve ser encorajado, assistido e consolado.

O sistema legal judeu cria uma estrutura para informar ao paciente que se encontra próximo da morte, a gravidade de sua situação, ao mesmo tempo em que leva em consideração uma centelha de esperança.

Para os rabinos mais liberais, a morte encefálica é que constitui o fundamento para se desligar o paciente do respirador. A tradição legal hebraica é contrária à eutanásia. Contudo, juízo de valor entre o prolongamento da vida do paciente, que é obrigatório, e o prolongamento da agonia, que não é. Logo, se houver convicção médica de que o paciente possa falecer dentro de 3 dias, o médico poderá deixar de realizar manobras reanimatórias.

5.2.2. BUDISMO

O budismo passou a ser conhecido com o título honorífico de “budda” (o iluminado). Budda é o desperto, estado que todos devem aspirar e realizar. Muitos documentos budistas se referem a Buda como sendo o “grande médico”, que cuida das doenças do espírito.

O budismo também não pune o suicídio alegando que os indivíduos quando falecem encontram com as mentes livres de egoísmo e de desejo, portanto iluminadas. Porém, não é o caso de quem auxilia ou incentiva um suicida, contudo, a situação de auxílio passa a ser moralmente aceitável no caso de “morte digna” quando é iminente e o motivo for compaixão.

O budismo não vê a morte como o fim da vida, mas como uma transição. Acreditam no Karma e no renascimento.

5.2.3. ISLAMISMO

O principal documento que trata sobre o valor da vida e também sobre a eutanásia é a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos. A declaração Islâmica foi elaborada por pessoas de notório saber e juristas muçulmanos, além de pessoas que representam movimentos e correntes de pensamentos islâmicos.

O islamismo entende que a vida é dom de Deus e o médico aparece como instrumento de Deus para aliviar o sofrimento das pessoas. Por isso, deve defender a vida em todas as circunstâncias.

Contudo, é imperioso concluir que o islamismo condena o suicídio e a eutanásia ativa. Porém, traz certa simpatia em relação à ortotanásia, uma vez que condena a adoção de medidas heróicas para manter, a todo custo a vida de alguém com morte iminente.

5.2.4. CRISTIANISMO

O Cristianismo condena a prática da eutanásia, considerando ser ela violação da Lei Divina, de uma ofensa à dignidade humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade. A vida humana, pode ser entendida como sendo o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a atividade humana e de toda convivência social.

Já a distanásia se difere da eutanásia em vários aspectos. Aquela, por sua vez, é a decisão de renunciar ao chamado “excesso terapêutico”, ou seja, certas intervenções médicas já inadequadas às situações reais do doente, porque não seriam correspondentes aos resultados que poderiam esperar ou porque acabaria sendo perigoso demais para o paciente e para sua família.

Contudo percebe-se que o Cristianismo repreende a prática destes procedimentos, considerando-os como intervenções desnecessárias que violam a lei divina.

6. CONCLUSÃO

Nota-se então que a eutanásia sempre foi um tema bastante complexo para ser discutido, principalmente em algumas partes da sociedade, como, por exemplo, os conservadores. Contudo, a comunidade científica vem buscando expandir os debates com relação a este tema, trazendo vários questionamentos acerca do assunto. Assim, a bioética, como uma ciência, não se limita em posicionar somente à eutanásia, mas também a outros procedimentos que foram abordados neste trabalho e são considerados delicados, para que as pessoas consigam ampliar os seus olhares e debaterem sob uma perspectiva mais desenvolvida.

Por meio da Bioética, concomitantemente com o Biodireito, que se alcançou uma forma de trabalhar a eutanásia, não somente em relação às questões ético-jurídicas, mas também as suas consequências na esfera Penal.

Posteriormente, foram abordados outros procedimentos, como por exemplo, o suicídio assistido, para após, adentrar então numa breve discussão do direito à vida e a uma morte digna, tratando de princípios constitucionais, leis especiais e projetos de

leis que existiram em certa época e que atualmente não estão mais em vigor. Nesse diapasão abordaram-se os motivos de uma legislação a favor de uma morte digna e as opiniões de pessoas dotadas de conhecimento sobre o assunto tratado.

Em outro momento, foi feito um estudo da eutanásia em face da sua não admissão no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando as saídas que constam dos anteprojetos propostos a uma alteração do obsoleto Código Penal Brasileiro de 1940. Nessa mesma senda, apontou-se sobre a legalização da eutanásia em diversos.

Por fim, o objetivo do presente trabalho foi mostrar que a prática, ainda que por vezes rejeitada, possa ser útil, de forma a garantir alguns princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade humana, pois mais vale uma morte digna do que um sofrimento desumano.

REFERÊNCIAS

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Caderno Jurídico -Bioética e Biodireito – Imprensa Oficial do Estado II, 2001.

Código Penal, Parte Especial. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
Vade mecum. Saraiva. 2020.

DINIZ, Maria Helena, O Estado atual do Biodireito.

Dyer O, White C, Garcia Rada A. Assisted dying: law and practice around the world.
BMJ. 2015;351:h4481.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. V.

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35725/a-carta-internacional-de-protecao-dos-direitos-humanos>

<https://jus.com.br/artigos/73146/a-eutanasia-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/eutanasia-uma-morte-digna-luz-biodireito.htm>

http://pidcc.com.br/artigos/042013/042013_03.pdf

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.06.PDF

<https://www.politize.com.br/eutanasia-o-que-e/>

LYRA, Roberto, Comentários ao Código Penal. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MENEZES, Evandro Correa de, Direito de Matar. Rio de Janeiro: biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1977.

NÁUFEL, José, Novo Dicionário Jurídico Brasileiro 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lucio, Em Defesa da Vida. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Edgard Magalhães, Direito Penal. Vol. II. São Paulo: Editora Saraiva 1994.

Rurup ML, Smets T, Cohen J, Bilsen J, Onwuteaka-Philipsen BD, Deliens L. The first five years of euthanasia legislation in Belgium and the Netherlands: Description and comparison of cases. Palliat Med. 2012;26(1):43-9.

R.LIMONGI França, enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva 1977, vol.34

Steck N, Egger M, Maessen M, Reisch T, Zwahlen M. Euthanasia and assisted suicide in selected european countries and US States. MedCare. 2013;51(10):938-44.

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E OS IMPEDIMENTOS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

ANDREW COSTA PINHEIRO:
Graduando em Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo estudar a função, abrangência e eficácia do sistema prisional de Manaus frente à ressocialização. Comece com o estudo histórico da criação do sistema prisional, faça a sua evolução e observe o estado atual do sistema. Explore e avalie suas funções principais e analise sua aplicabilidade passada e presente. Na primeira fase da pesquisa, desde o início, passando pelo estabelecimento da “Lei Penitenciária”, até o antigo índice de criminalidade na área, buscar um entendimento épico da história do sistema. No segundo momento, o sistema foi conceituado para comparação com seu estado atual e antiguidade. Em seguida, no terceiro momento, procuramos tratar as unidades prisionais de forma concisa e pontual, enfocando sua estrutura e função. Por fim, na última parte da pesquisa, envolve projetos implantados em unidades prisionais, a aceitação e participação de presidiários, a efetivação de presidiários, principalmente a relação com a ressocialização, que é um dos objetivos básicos da pena de reclusão.

Palavras chaves: Ressocialização. Reintegração. Humanização. Reinserção Social.

ABSTRACT: This article aims to study the function, scope and effectiveness of the Manaus prison system in terms of resocialization. Start with the historical study of the creation of the prison system, make its evolution and observe the current state of the system. Explore and evaluate its main functions and analyze its past and present applicability. In the first phase of the research, from the beginning, through the establishment of the “Penitentiary Law”, to the old crime rate in the area, to seek an epic understanding of the history of the system. In the second moment, the system was conceptualized for comparison with its current state and antiquity. Then, in the third moment, we tried to treat the prisons in a concise and punctual way, focusing on their structure and function. Finally, the last part of the research involves projects implemented in prisons, the acceptance and participation of inmates, the realization of inmates, especially the relationship with resocialization, which is one of the basic objectives of the prison sentence.

Keywords: Resocialization. Reinstatement. Humanization. Social reinsertion.

1 INTRODUÇÃO

Desde a sua criação, o Sistema Penitenciário de Manaus tem sido alvo de críticas e total insatisfação quanto à sua eficácia, à realidade de sua estrutura e às condições físicas

da unidade penitenciária, o que efetivamente impossibilitava o alcance de seus objetivos. A manutenção do sistema, em tese, tem como objetivo ressocializar a um custo alto, mas a realidade é completamente oposta, o que parece ter sido a manutenção de um sistema falido desde a sua criação.

A análise realizada irá considerar se é possível concretizar de alguma forma o sistema prisional, a ressocialização, a reintegração, etc., evidenciando os procedimentos legais e os projetos utilizados para otimizar a vida quotidiana e procurar a sua concretização. O objetivo é a principal punição por privação de liberdade.

Observando o principal motivo de sobrevivência do sistema hoje, essa realidade não está longe da realidade vivida nos últimos séculos e mesmo durante sua criação. Aliás, como será tratado, as mudanças físicas se manifestam em uma determinada evolução, mas desde a implantação, as condições vivenciadas parecem não ter mudado em nada. Tem como objetivo analisar se a finalidade da pena de detenção desde os antecedentes históricos até a atualidade se concretizou e cumpriu de alguma forma o seu papel de ressocialização, proporcionando assim um ambiente saudável para a reabilitação dos internos. Cumpridas as penalidades, decidimos devolvê-las à sociedade do ponto de vista social e econômico de forma positiva.

O tema atual é significativo porque esse sistema está prestes a ser implantado e está mergulhado em um círculo vicioso há séculos. Nesse círculo vicioso, os presos chegam e cumprem longas sentenças desumanas e ineficazes em prisões superlotadas sem fazer nada. Todos os presos estão prontos para retomar as atividades sexuais. Quando são transferidos para o regime contínuo mais moderado durante o desenvolvimento de uma determinada sentença, e são propensos a sair, eles escapam e retornam à sociedade sem condições saudáveis de convivência social. não exerceu atividade laboral por exclusão social, sendo novamente detido com elevado percentual imediatamente a seguir porque cometeu outros crimes e regressou ao início do ciclo.

Esta pesquisa usa uma combinação de pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo. O sistema evoluiu da parte histórica para a realidade vivida pelo sistema atual, tratando e solucionando a efetivação ou realização de ressocializações, projetos implantados em unidades prisionais e com o objetivo de propor penas restritivas de liberdade.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Em 1764, Barcelona (Barcelos) ainda era a capital do governo do Grão-Pará e capital do Capitão São José do Rio Negro. Sob a péssima gestão do então coronel Joaquim Tinoco Valente (Joaquim Tinoco Valente), foram destruídos edifícios de madeira e barro. Atualmente, não existe uma prisão adequada na aldeia (SOUZA, 2001)

A primeira prisão foi uma fortaleza, uma fortaleza usada para conquistar e manter o território, e ao lado dela havia igrejas e povoados. O forte assemelha-se a uma casa de ladrilhos rodeada por um muro de pedra e outro de calcário. O muro é muito grosso, com cerca de duas pessoas de altura.

De acordo com a formação da cidade, muitas fortalezas foram construídas ao seu redor, mesmo assim, mesmo que continue crescendo, não é aprovado construir um presídio especial como prisão, pois o calabouço da fortaleza é uma cela existente. Civis criminosos, bem como soldados coloniais. Uma coisa que pode levar os moradores à prisão é a fuga, que é o motivo mais comum de prisões de índios e soldados na região. A condição material e o mau comportamento dos militares contribuíram para o crime. Quando um grupo de soldados passava muito tempo servindo na mesma fortaleza de uma aldeia ou cidade, geralmente não havia superiores preparados e soldados atrasados, ocorriam motins e quase todos os subordinados eram presos, e esses subordinados eram capturados. Eles foram capturados na Fortaleza.

Naquela época, desde 1603, as regras vigentes eram as disposições do Ato das Filipinas e, de fato, não havia disposições sobre regulamentos penitenciários. São tantas as prisões que só podem ser dominadas por prisioneiros e têm aspectos terríveis e completamente desumanos. Uma vez descrito por um dos ocupantes como um local úmido e insalubre, não há lugar para atender às suas necessidades fisiológicas. Há uma grande quantidade de urina e um balde de excrementos no meio. Exceto por um grande número de vermes, é esvaziado apenas uma vez por dia para cobrir o chão. Padre Antônio Vieira também descreveu a prisão na época como "preservando tantos presos imundos. O sofrimento desses pobres é inacreditável. No verão, tantos animais eram mandados para a prisão. Era tão fedorento que é o benefício de Deus manter essa pessoa viva "(SOUZA, 2001, p. 186)

No entanto, a prisão não é o decreto principal, nem é o pior ou desumano. A pena de morte é suprema e pode ser executada de três maneiras: pena de morte cruel causada por tortura; morte cruel, queimar o corpo após a morte, mutilação ou outros atos; simples morte por decapitação ou enforcamento.

Segundo Márcio Souza (2001, p. 187), ele ensinou que ainda é claro o interesse da sociedade em buscar um tratamento digno e eficaz para os infratores. Como nossa colonização foi parcialmente realizada por meio de uma das penas do exílio do rei Felipe, essa é uma sanção que exige que os criminosos sejam enviados ao Brasil, à África ou à Índia. Castigo desumano, que se manifesta como negligência com o criminoso. No entanto, além da pena de morte fixa ou indefinida e reclusão, há também exílio, tortura, morte civil, multas, mutilação, chicotadas e trabalhos forçados. Com o uso excessivo, a tortura continuou por mais de 26 anos, mas com o tempo, essas torturas desapareceram.

Ainda baseado na obra de Márcio Souza (2001, p. 187), ele explica que em 1764, após vivenciar a privação de liberdade, Cesare Beccaria na Itália publicou seu "Dossi de Castigo" Delitos (Dos delitos e), dizia o comunicado : "É necessário escolher qual punição e o método de aplicação dessas punições, de modo a produzir a impressão mais eficaz e duradoura do espírito do homem, mantendo as proporções. Causou a menor tempestade ao corpo do homem. Réu". Novas doutrinas sobre legitimidade, humanização e finalidade da punição começaram a surgir.

2.1 Origem do sistema penitenciário e cadeias

Com a expansão de Luis Carlos Valois (2006, p. 46) e a expansão colonial da Amazônia, as tribos acabaram se transformando em cidades, vilas e índios e se tornando cidadãos. As cidades surgiram e passaram por ajustes estruturais de forma instável e desordenada. Assim, surgiu a conhecida "casa-prisão", porque normalmente são anexadas casas com salas de conferências, ou uma sala ou uma sala nessas mesmas casas é reservada para uso como prisão.

Segundo Luis Carlos Valois (2006, p. 47), no sistema prisional, a tese de que o primeiro sistema prisional do mundo nasceu na Filadélfia, nos Estados Unidos. O sistema foi instituído por Benjamim Franklin em 1787, e promoveu a necessidade de isolar os presos para evitar aglomerações na época. O sistema começou a ter sua primeira organização na Prisão de Walnut Street, que foi construída em 1776.

O sistema filatélico da época tinha alguns regulamentos, incluindo o completo isolamento de prisioneiros durante o dia e a noite, e nenhuma visita externa, exceto professores, pastores e chefes e membros de organizações de caridade. Como o crime é criminalizado, apenas a leitura da Bíblia como prisioneiro é permitida (Leal, 2001, p. 17).

Esse sistema acabou recebendo muitas críticas, incluindo "a definição de tortura requintada que desapareceu no mundo, mas mesmo que ninguém tocasse no criminoso, ainda era uma tortura intolerável. Von Henting (2011, 79 página) disse que descanso e a ordem é o estado inicial de desolação e morte.

Essa afirmação é considerada uma distorção, pois enfraquece a consciência moral e social dos presos devido à ineficiência, pois além de autossuficientes, os presos podem se comunicar de várias maneiras. (AGUILERA, 1998, p. 62). No entanto, o sistema adotado pela Filadélfia é considerado o primeiro sistema prisional.

Em 1799, outra forma apareceu na Prisão de Newgate em Nova York: um sistema Auburnist e outra opção para a Filadélfia. Existem regras isoladas à noite e regras comuns durante o dia, porém, para garantir a ordem da organização, ela é absolutamente silenciosa

e possui regras derivadas dos princípios espirituais de revisão e reflexão. Novamente, esse é o alvo de muitas críticas (VALOIS, 2012, p. 42).

Naquela época, na primeira metade do século XIX, surgiu um sistema na Europa que, após o desenvolvimento, tornou-se o nosso sistema prisional atual. Com a ressocialização e a busca mais ativa dos presos, surgiu nosso sistema progressista (MACHADO, 2013, p. 3). O sistema a priori divide o período da sentença em estágios disciplinados mais ou menos severamente. O prefácio de Leonardo Isaac Yarochevsky (2017, online) é "Escrito pelo capitão britânico Maconochie, que o adotou na colônia penal de Norfolk em 1840, com base em comportamento ou comportamento. Melhorar, a pena pode ser reduzida. Mesmo que seja um sentença fixa, torna-se incerto de acordo com o comportamento. "

O sistema tem várias formas de aplicabilidade na sua implementação, tendo sido encontrados alguns defeitos, tendo várias instituições também o melhorado e aperfeiçoado para atingir o seu objectivo.

Atualmente, o Brasil adota um sistema progressivo, cuja ideia principal é reduzir a intensidade das penas de acordo com o tempo de permanência em cada sistema e o comportamento do condenado de acordo com o artigo 112 da Lei nº 100. Página 7.210, 1984:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

O último requisito deste artigo é verificar se o preso pode retornar à sociedade após o cumprimento da pena, demonstrando assim o claro objetivo de ressocialização do sistema positivo. Portanto, trabalhe arduamente para que o sistema proporcione acompanhamento investigativo, psicológico, social e disciplinar dos presidiários, principalmente no combate às reincidentes. Além disso, este ainda é um sistema que obedece aos princípios constitucionais da punição pessoal.

Quanto ao espaço físico, ainda estava sob as ordens do reino e, no momento da descoberta, os presos estavam presos na mesma corrente. Segundo Bruno Aníbal (2012, p. 141) a Declaração dos Direitos das Pessoas e dos Cidadãos publicada em 1789 e a Independência Americana em 1776, foi constituído um comitê criado por Pascoal de Melo Freire. áreas públicas e criminais do projeto jurídico baseado no princípio da proporcionalidade das penas, no caráter utilitário das sanções e nos princípios contrários

às penas cruéis em vigor. Embora esses projetos tenham sido abandonados, eles já marcaram que o pensamento do Iluminismo se refletiu na situação jurídica da época.

Naquela época, havia muitas dificuldades em infiltrar o pensamento iluminista no ordenamento jurídico, e pior ainda se alguma conquista relacionada à melhoria ou mudança da cadeia fosse alcançada. Em uma de suas viagens, Auguste de Saint-Hilaire descreveu a prisão que encontrou na época:

Existe uma prisão em cada vila ou sede de termo. O andar térreo das casas da câmara é, em todas as localidades, reservado aos presos, e são vistos às grades, solicitando a piedade dos transeuntes ou conversando com eles. É necessário, aliás, que os encarcerados estejam, tanto quanto possível, em contato com os cidadãos, pois estes últimos é que os alimentam com suas esmolas. Não podem regatear elogios à humanidade dos mineiros: é, porém, fácil esquecer aos que se não vêem, e asseguram-me que presos houve que morreram de fome. (SAINT-HILAIRE, Auguste de. Viagens pelas províncias. 2000, p. 159).

Quando Manaus ainda estava no Lugar da Barra em 1821, nossa primeira corrente e outras correntes cobertas de palha pegaram fogo, causando enormes prejuízos, e todos permaneceram inertes. Porém, desde então, como o governo não possui prédios para distribuição de presos, o presídio passou a funcionar em regime de aluguel (VALOIS, 2012, p. 44).

Por volta de três anos após o incêndio, Arthur Reis narra o episódio que levou à construção da cadeia:

O ouvidor Ramos Ferreira deixou nome nos anais amazonenses pela energia, pela correção do seu proceder como magistrado. A 12.08.1824, em ofício, indagou da Câmara a razão da demora da construção. Os vereadores (25 de agosto) saíram-se com a desculpa de que havia outras 'despesas oportunas'. O ouvidor não concordou. Voltou à carga a 31 do mesmo mês. Insistiu na medida. A câmara desta vez (18 de setembro) mexeu-se. Foram ouvidos como técnicos, os carpinteiros Manoel Ferreira da Silva e José Lemos Corrêa. A obra foi então à arrematação pública, levando já o orçamento das despesas. Obrigaram-se logo ao serviço Justino Antônio Freire e Miguel Francisco Garcia, abastados comerciantes do lugar, ambos com armazém de secos e molhados, este último também com casa

de fazendas. Todavia, foi arrematante, por 900\$000, Francisco Souza Mafra, a 22.02.1825. (Fundação de Manaus.1994, p.50)

Depois descobriu-se que o dinheiro recolhido para os cofres públicos eram notas falsas de cinco mil réis, deu-se mais um escândalo na época.

Não sei bem onde foi construída a primeira rede, só sei que a rede sempre rodeia a Praça D. Pedro II, que então era o Praçado Quartel. No entanto, esses relatos são uma visão geral das prisões em geral naquela época. É deprimente. Não há garantia mínima de segurança. O espaço físico construído com barro e coberto com palha não tem os hábitos mínimos de higiene. Também falaram sobre os punição severa aos presidiários. Tempo (VALOIS, 2006, p. 45).

2.2 Sobre a Criminalidade na Atualidade

As autoridades da época atribuíram o crime à preguiça, embriaguez, ignorância, falta de classificação e civilização gentia, que fez a distância entre o país e o território, o rio e a floresta, e o rio e a floresta acabaram por se tornar este Abrigo e refúgios para criminosos. O homicídio foi atribuído aos índios, que quase sempre eram mortos a flechas. A embriaguez é um forte fator criminoso, não só os índios persistem em se embriagar, mas os negros considerados briguentos e turbulentos também persistem em se embriagar (VALOIS, 2006, p. 45).

De acordo com Luis Carlos Valois (2006, p. 46), ocorreu que um fator não tão explícito, porém muito relevante, era a violência com que estes eram tratados. Uma vez que foram, de certa forma, obrigados a conviver de maneira totalmente diferente, tanto culturalmente quando costumeiramente falando. Suportavam uma série de tratamentos cruéis e castigos desumanos. Um verdadeiro choque de realidades tão próximas, onde passaram de certo tipo de convivência para um modo de vida subjugado, cruel e desumano.

Um francês chamado Paul Macoy, viajando pela Amazônia conheceu um comandante da época e conta que o antecessor a ele tinha sido fuzilado a queima-roupa pelos próprios soldados:

Sou obrigado a reconhecer que estes atos que poderiam ser atribuídos à índole feroz e insubordinada desses soldados (índios tapuias alistados à força pelo governo nos povoados do Amazonas) não são outra coisa senão consequência natural do tratamento a que são submetidos pelos comandantes nos postos de fronteiras [...]. Desgostosos com a vida que levam e com o trabalho que são obrigados, esses escravos-soldados acabam por se rebelar. As

punções corporais costumam ser a gota que faz transbordar o vaso. Os mais tímidos simplesmente fogem e os mais exaltados se vingam. (Viagem pelo Rio Amazonas. 2001, p.51)

Assim, restava-se claro que a criminalidade tinha um “lado oculto”, que não era retratado pelas autoridades da época, porém era claramente percebido por qualquer dito cidadão que com breve observação escancarava a realidade não relatada e desconsiderada.

3 O SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS

3.1 Conceito

O primeiro conceito de sistema prisional designava-o como substituto da pena de morte, deportação, etc., pela privação de liberdade em locais adequados especialmente criados para esse fim. Afinal, conforme relatado anteriormente, a pena de morte é a pena mais utilizada no passado.

Outro conceito proposto pelo professor Cotrim Neto em 1975 estipula que o sistema prisional é um conjunto de órgãos federais, prisões, comitês e conselhos, que são aplicáveis à implementação das regras do sistema prisional e submetidos ao órgão central, e seu administrativo a estrutura foi integrada (Artigo 121. “Revista de Informação de Legislação do Governo Federal do Senado”, 1983, p. 276). Isso é obviamente limitado a formulários administrativos e de gestão.

Embora o Estatuto Penitenciário da Amazônia não conceitualize o sistema prisional, ele se baseia apenas em órgãos administrativos diretamente relacionados ao órgão administrativo, mas não inclui outros órgãos relacionados ao Direito Penal. Outra norma que não faz parte da realidade do sistema (VALOIS, 2006, p. 45).

No entanto, o professor brasileiro Manoel Pedro Pimentel (Manoel Pedro Pimentel) fez uma análise contrária da visão acima, pois acreditava que o sistema prisional representa as formas políticas e sociais que constituem as prisões (ou seja, prisões e prisões). O sistema doutrinário que ocorre na forma de gestão prisional. O método de condenação deve realmente ser referido como o “sistema de encarceramento”.

De igual modo, o espanhol Abel Téllez Aguilera, esclarece a necessidade de distinguir regime e sistema penitenciário, explica:

Entendo este como o conjunto de princípios fundamentais que informam a execução a execução das penas e medidas privativas de liberdade dentro de um ordenamento jurídico, enquanto que regime penitenciário refere-se ao conjunto de normas ou medidas que

objetivam uma convivência ordenada e pacífica que permita alcançar no estabelecimento o propósito dos princípios do sistema penitenciário. (Os sistemas penitenciários e suas prisões. 1988, p.190)

Elías Neumam explorou ainda o verdadeiro conceito do sistema e apresentou a ideia de que se trata de uma organização criada pelo Estado para implementar sanções, o que implica que a privação ou restrição da liberdade é uma condição necessária para a sua eficácia, como uma espécie de prisão. sistema é uma série de condições e influências coletadas em uma instituição por uma série de criminosos criminológicos integrados para fins específicos de punição. (DOTTI, 1988, p. 116)

Portanto, o sistema penitenciário é conceituado como tudo o que é estabelecido para estabelecer um mecanismo de aplicação de penas apropriado, de modo que certos efeitos de reincidência ou correção de infratores possam ser alcançados e mais assistência humanitária possa ser fornecida para coletá-los. E coloque-os em edifícios ou locais especialmente construídos de acordo com os princípios e regras sugeridos.

O principal objetivo do sistema deve ser recolher os criminosos durante o período de recuperação e dar-lhes condições para que possam ser reeducados, reproduzidos e promover atividades benéficas para que possam ser reintegrados à sociedade ao final da pena. Habilidades morais e sociais ativas são principalmente capazes de realizar atividades saudáveis. Portanto, o artigo 1º da Lei Penal diz: "A execução penal visa a execução da sentença penal ou das disposições da sentença e a proporcionar condições para a integração social harmoniosa do condenado e do preso".

3.2 O sistema penitenciário Contemporâneo

O sistema prisional concebido como uma prisão é um lugar onde os criminosos são "reeducados" para obedecer às suas sentenças. O Estado exerce o direito de punir por meio da coleta de condenados por crimes previstos em lei.

Nada diferente dos tempos antigos, as prisões de hoje estão longe de cumprir os padrões e regulamentos da ONU. Uma cena moderna surgiu em torno do novo presídio da cidade que, embora sua estrutura física seja diferente, ainda apresenta condições de funcionamento muito semelhantes às dos últimos séculos, senão as mesmas.

Até o momento, superlotação, falta de saneamento, rebelião, altos índices de reincidência, falta de estrutura carcerária e negligência de pessoas instruídas são as queixas e relatos mais expressivos da trágica realidade que os presídios enfrentam hoje.

O artigo 1.º da LEP estipula a execução de sentenças ou decisões criminais e complementa as regras, devendo proporcionar condições harmoniosas para que os

criminosos se reintegrem na sociedade. Do ponto de vista administrativo, o artigo é compatível em quase todos os aspectos, mas o cotidiano não reflete os requisitos legais.

Em Manaus, existem várias prisões superlotadas que acomodam “criminosos” que cometeram determinados crimes. A grande maioria das prisões são provisórias, ou seja, para aqueles que aguardam julgamento do processo.

3.3. Sistema Prisional Brasileiro

Para referência, algumas unidades prisionais em regime provisório são: • Central de Acolhimento e Triagem-CRT, inaugurada em 25 de outubro de 2016, com o objetivo de se tornar a nova porta do sistema prisional; Centro de Detenção Temporária Masculina-CDPM, em Abril de 2011 Inaugurado no dia 15, tem capacidade para 568 presos e atualmente encontra-se superlotado; Escola de Direito Penal Antonio Trindade - IPAT inaugurado em 26 de maio de 2016, dois anos após o início das obras, e pode acomodar 496 presos. tem mais de três vezes a sua capacidade; a unidade prisional de Puraquequara da UPP foi criada em dezembro de 2002 e pode acomodar 626 vagas de emprego e está superlotada; o centro de detenção feminina temporária para mulheres-CDPF foi inaugurado em 25 de junho de 2014 e pode acomodar 180 vagas de emprego (Prisão Secretaria de Gestão, 2019, online).

Em fase de execução da sentença, o objeto do seguinte projeto é um presídio masculino, fundado pelo governo Gilberto Mestrino, o Complexo Penitenciário Anísio Jobim-COMPAJ está dividido em regime fechado que pode acomodar 454 presos e uma semi-prisão aberta que A lugar que pode acomodar 138 presos. A Lei nº 1.694, de 15 de julho de 1985, instituiu a Casa Albergó de Manaus, que é um estabelecimento de segurança mínima para criminosos que estão abertos. No sistema fechado, a Prisão Feminina de Manaus-PFM tem capacidade para 72 presas, e a Unidade Prisional Semiaberta Feminina-UPSF tem 60 presas (Secretaria de Gestão Penitenciária, 2019, online)

4 DA RESSOCIALIZAÇÃO

A ressocialização é uma das funções da punição que visa a cooperação, para que os presos não mais reaprendam e vivam como crimes ou criminosos, mas vivam com honestidade, moralidade e padrões sociais positivos.

Tem como objetivo reconstruir a dignidade humana, salvar o moral, reafirmar a autoconfiança e a autoestima do preso, reafirmar os princípios e valores sociais e pessoais e conduzir a capacitação profissional para que o preso possa contribuir com a sociedade, a economia e a sociedade. Quando passou a vida inteira fora do bar, sentiu-se capaz de trabalhar com dignidade.

Como mencionado anteriormente, ainda é óbvio que as unidades prisionais não oferecem as menores condições de vida dignas e saudáveis e, portanto, não contribuem para a ressocialização dos presidiários. Desse modo, a falta dessas condições mínimas tem levado ao fato de os presos terem saído e voltado várias vezes para a prisão.

Embora vivamos em uma sociedade vital para o sistema prisional, unidades prisionais e presidiários, na realidade quase ninguém acredita na ressocialização e restauração do sistema, mas as pessoas podem questionar a solução, mesmo que não seja imediata, pode ser eficaz de.

O estado está diretamente envolvido neste caso, proporcionando aos presos atividades laborais suficientes, supervisão relacionada ao aprendizado e treinamento regular, assistência médica, higiene e necessidades básicas, principalmente para agilizar o processo do procedimento, o que leva a mais seriedade e humanização.

Hoje, as condições vividas pelas unidades prisionais violam de forma flagrante o princípio constitucional básico da dignidade humana, que, segundo ele, é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, como explica Helio Romão Rigaud Pessoa (2015, online), grupos, instituições e organizações que lutam pelo cumprimento da pena estão cada vez mais fortes, pelo que, uma vez condenado, o infractor deve cumprir a pena. Dedicado a ele com integridade e de forma humana, ele acredita no retorno à sociedade e na realização do retorno positivo desta por meio da reeducação da sociedade, ajudando assim a reduzir a violência e a reincidência e salvando os direitos civis de homens e mulheres.

Mesmo com essa visão otimista, é óbvio que ainda existem árduos desafios para a realização dos objetivos, princípios e funções do sistema penitenciário reconhecidos pela Convenção Internacional e principalmente padronizados pela Lei nº 7.210 de 1984. O caminho a percorrer. As prisões já não serão as criadoras perfeitas de criminosos, mas os dias em que se tornarem lugares de ressocialização e os reclusos que aí entram serão reintegrados à sociedade de forma positiva e digna.

Pelas palavras do grande mestre e doutor Félix Valois, “a prisão não pode e não vai cumprir um papel ressocializador enquanto for encarada como um fim e si mesma”.

E por Michel Foucault, que diz:

Desde o começo a prisão deveria ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase que ao mesmo tempo em que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em

gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são uteis tanto no domínio econômico quanto no político. Os delinquentes servem para alguma coisa. (FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 2014, p.218)

Portanto, faz-se necessário que se chame a atenção para a atual e antiga situação em que as Unidades Prisionais e o Sistema como um todo se encontram.

5. CONCLUSÃO

A análise realizada no sistema prisional de Manaus levanta questões reais sobre o impacto de sua realidade atual.

A partir do momento histórico do sistema como ponto de partida, pode-se observar todo o processo de surgimento de novos métodos e doutrinas de sua adaptação, reforma, uso e finalidade, bem como a atenção da organização para a formulação de normas e regras para regular sua aplicabilidade. O funcionamento da humanidade e da dignidade, assim como outros métodos adotados e firmados, fazem dela uma verdadeira instituição social.

A ideia do sistema é usar uma ferramenta restauradora onde os presos possam cumprir suas penas e reaprender a viver em sociedade com saúde e dignidade.

No entanto, deve-se destacar que, desde a sua criação, tem ocorrido principalmente da forma como começou sem orientação, não tem estrutura física pré-determinada e principalmente não possui visão humanitária, por isso tem sido tratado de forma desumana na época. a dignidade mínima de "criminosos e criminosos", a ressocialização dessas pessoas ainda é impossível.

A partir da interferência externa e de uma nova compreensão da realidade interna das unidades prisionais, as condições e o tratamento vão gradativamente melhorando, mas o caminho para o alcance dos objetivos da prisão e do sistema prisional está longe de terminar. .

Isso porque, tendo em vista a superlotação das unidades prisionais, a falta de condições básicas e mínimas de sobrevivência, a corrupção do sistema, o contato ineficiente com os presos por meio de projetos de ressocialização e os principais fatores que ainda não alcançaram a ressocialização, o processo de julgar esses estagiários A lentidão faz com que eles eventualmente passem muito tempo em contato com outros estagiários em vários níveis de risco, e eventualmente piorem internamente. Entre outros

motivos, é quase impossível para o sistema desempenhar o papel de ressocialização proposto .

Portanto, é claro que ainda existem enormes desafios a serem superados no que diz respeito ao sistema prisional. De acordo com os pressupostos levantados na pergunta, ainda há evidências de que as deficiências e ineficiências do sistema decorrem da criação e persistência do sistema prisional. A existência deve-se principalmente às seguintes condições, ainda desumanas, nomeadamente o facto de os reeducados viverem em unidades prisionais, a negligência das autoridades pela falta de estrutura que lhes é fornecida e a morosidade do processamento destes procedimentos, que geralmente são devido à falta de servidores suficientes para lidar com isso. O descaso e o forte preconceito da sociedade satisfazem a enorme demanda, que não acredita que as pessoas educadas possam e devam se reintegrar na dignidade social humana, principalmente na dignidade econômica, de forma positiva.

6. REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 36^a. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AUFIERO, Aniello. **Teoria e Prática de Processo Penal**. 3^a.ed. Manaus: Aufiero, 2015.

AUFIERO, Aniello. Vade **Mecum Penal**. 6^a.ed. Manaus: Aufiero, 2016.

BRASIL. CÓDIGO PENAL. **Código Penal (1940)**. Decreto-lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. **Lei de Execução Penal (1984)**. Lei N. 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

DOTTI, René Ariel, 1988. **Reforma Penal Brasileira**.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 36^a.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. 4^a.tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

MONTEIRO, Mário Ypiranga. **Fundação de Manaus**. 4^a.ed. São Paulo: Metro Cúbico, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12^a.ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAINT-HILAIRE, Auguste de. **Viagens pelas províncias**. Trad. Vivaldi Moreira. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000.

SOUZA, Márcio. **Breve história da Amazônia**. ed.rev. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

VALOIS, Luis Carlos. **Sistema penitenciário do Amazonas/** Carlos Lélio Lauria Ferreira, ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

VON HENTIG apud BITENCOURT. Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NA WEB

FERNANDES, Bruna Rafaela; RIGUETTO, Luiz Eduardo Cleto. **O sistema Carcerário Brasileiro. Revista Eletrônica de iniciação científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v.4, n.3. 3º Trimestre de 2013. Disponível em: <http://www.univali.br/ricc>. Acesso: 17/03/2021.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Perigo: retrocesso legislativo – ou trancando as portas das prisões**, 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br>. Acesso em: 17/03/2021.

Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <http://depen.gov.br>. Acesso em: 17/03/2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA OUVIDORIA NACIONAL DOS SERVIÇOS PENAIIS: RELATÓRIO DE INSPEÇÃO EM ESTABELECIMENTOS PENAIIS DO AMAZONAS. Disponível em: depen.gov.br. Acesso em: 20/03/2020.

SEAP - Secretaria da Administração Penitenciária. Disponível em: <http://www.seap.am.gov.br>. Acesso em: outubro de 2021.

Pessoa, Helio Romão Rigaud. **Ressocialização e reinserção social**, 2015. Disponível em: <https://heliorigaud.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 25/03/2021.

Herrera Patrocinio, Andre. **Progressão de Regime no Processo Penal**, 2015. Disponível em: <https://herreraalemao.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 28/03/2021.

DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE

QUÉREN HAPUQUE RODRIGUES:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar sobre o direito de morrer com dignidade. Metodologicamente, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, sendo possível reunir livros, artigos e seus consequentes autores para análise do assunto ora em comento. No campo acadêmico/científico este trabalho é relevante por que discute o direito das pessoas decidirem sobre o seu próprio direito de escolha entre viver vegetativamente e morrer com dignidade; no campo social este trabalho é relevante por discutirá os fundamentos do princípio da dignidade humana e, contraponto aos termos da autonomia da vontade. Dividiu-se a pesquisa em 04 itens, quais sejam, dignidade humana; morte através dos tempos; ortotanásia e suas considerações jurídicas, e a autonomia da pessoa em optar por morrer com dignidade.

Palavras-chave: direito; morte; dignidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. DIGNIDADE HUMANA NA HISTÓRIA - 3. A MORTE ATRAVÉS DOS TEMPOS - 4. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE ORTOTANÁSIA - 5. O PAPEL DA AUTONOMIA DO PACIENTE QUANTO À DECISÃO SOBRE O MOMENTO DE SUA MORTE - 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira (CF) de 1988 enumerou uma série de direitos individuais no art. 5º. Esses direitos não podem de forma algumas serem desrespeitados pelo Estado brasileiro em função de esses direitos possuírem características importantes (SILVA, 1998)B.

A primeira dessas características é a de que esses direitos são imprescritíveis, ou seja, eles não possuem espaço temporal para serem utilizados. Valem a qualquer tempo; a segunda características é de que eles são indisponíveis, ou seja, eles pertencem não só a individualidade, bem como a coletividade com exceção da intimidade e a privacidade; e, por fim esses direitos são indivisíveis, ou seja, eles fazem parte de um conjunto de direitos e não podem, em hipótese alguma serem analisados de maneira separada. Assim quando se desrespeita um deles, o desrespeito é para todos (ROCHA, 2009).

O Art. 5º da CF de 1988 garante o direito a vida quando fala que todos são iguais perante a lei e assegura a "inviolabilidade do direito à vida". Segundo Boff (2012) a vida é um presente de Deus e se constitui no principal bem do ser humano. Dessa forma, todas

as cartas normativas protegem esse bem maior do ser humano, criminalizando todos os atentados contra a vida das pessoas.

Também os ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, pelo menos nos sistemas democráticos, garantem o princípio da dignidade humana está garantido no Art. 1º, inciso III da CF, como um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito. A dignidade humana e os direitos humanos não são vividos como conceitos abstratos. Eles têm significado e peso tangíveis no contexto da experiência humana concreta - história, liberdade, razão e comunidade (SANTOS, 2009).

Essa lacuna entre universal e particular é o cerne do problema com o qual "Dignidade Humana e Interpretação Judicial dos Direitos Humanos" de McCrudden (2013) luta, bem como o fulcro dos direitos individuais das pessoas.

A dificuldade, claro, não é exclusiva do conceito de dignidade humana. É comum a todos os princípios amplos e gerais envolvidos na interpretação e julgamento dos direitos humanos: por exemplo, aspirações fundamentais como igualdade, justiça e paz; critérios de limitação, como as necessidades de uma decisão pessoal de interromper a sua própria vida em nome da dignidade humana e como fundamento do princípio da autonomia da vontade. Esse princípio se originou com o nascimento do Estado Democrático de Direito. Dentro das questões do princípio da autonomia da vontade e considerando as questões da dignidade humana indaga-se: é possível se interromper a vida como princípio da autonomia da vontade, pra se morrer com dignidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro? (SOARES, 2017).

Para responder a esse questionamento, este estudo terá como objetivo geral será de refletir sobre a intrincada questão do direito de morrer com dignidade, focalizando a atenção no papel dos entes queridos do paciente, além de especificamente entender à noção de dignidade humana dentro da Constituição Federal de 1988; avaliar os melhores interesses de uma pessoa ao longo do tempo para determinar se ela está revogando declarações e prioridades anteriores; e, verificar o direito de morrer com dignidade dentro dos princípios constitucionais brasileiros (TORRES, 2014).

Deve-se ter muita cautela com os incidentes em que os melhores interesses dos entes queridos do paciente vêm em detrimento dos melhores interesses do paciente. Deve-se levar em consideração os argumentos em que deve-se considerar a questão de saber se as pessoas amadas do paciente demonstram uma posição unificada em relação ao destino do paciente (GLÓRIA, 2018).

O termo as pessoas amadas do paciente refere-se a pessoas que estão emocionalmente relacionadas ao paciente em questão. Essa relação próxima não significa

necessariamente que apenas aqueles que têm apegos biológicos e conjugais devam dar seu consentimento e conselho (COSTA, 2015).

No Brasil a legislação não enfatiza o indivíduo e pode aplicar regras e códigos de comportamento diferentes daqueles que considerados verdadeiros como democracias liberais subjacentes, ou seja, respeito e preocupação pelos outros e não prejudicar os outros, o que justifica este trabalho em função de que existe algumas necessidades universais básicas que todas as pessoas desejam garantir, como comida, roupas e abrigo. Mas não se pode falar dos valores universais subjacentes na sociedade brasileira (SARLET, 2014).

Os cuidados básicos de saúde são agora reconhecidos como um bem público, em vez de um bem privado que se espera que compre para si mesmo. Como afirma a Constituição da Organização Mundial da Saúde: 'O gozo do mais alto padrão atingível de a saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social' (ROCHA, 2009).

O esclarecimento adicional refere-se aos termos respeito e preocupação. Respeito por uma pessoa significa conceber o outro como um fim e não como um meio para algo. Como explica Immanuel Kant apud Soares (2017), os seres racionais são chamados de pessoas na medida em que somente sua natureza indica que são fins em si mesmos, ou seja, como algo que não deve ser usado apenas como meio, o que justifica este estudo. O estudo será realizado por revisão integrativa que é uma revisão geral da literatura existente como um processo sistemático que envolve estudos quantitativos e qualitativos - portanto, integrativos (inclusivos) (TORRES, 2014).

Dividiu-se a pesquisa em 04 itens, quais sejam, dignidade humana; morte através dos tempos; ortotanásia e suas considerações jurídicas, e a autonomia da pessoa em optar por morrer com dignidade.

2. DIGNIDADE HUMANA NA HISTÓRIA

A literatura romana clássica dispersa conceitos mais amplo de dignidade humana e encontra-se particularmente em Cícero, onde dignitas se referia também à dignidade dos seres humanos como seres humanos, independente de qualquer status adicional específico (TORRES, 2014).

Neste uso da dignidade, o homem é contrastado com os animais: 'é vitalmente necessário que nos lembremos sempre de quão amplamente superior é a natureza do homem em relação ao gado e outros animais; seu único pensamento é para satisfação corporal" A mente do homem, ao contrário, é desenvolvida pelo estudo e reflexão. Disto

pode-se aprender que o prazer sensual é totalmente indigno da dignidade da raça humana (CICERO apud SOARES, 2017, p. 133).

Visto desta forma, onde os seres humanos são considerados como tendo um certo valor em virtude de serem humanos, o conceito de dignidade humana levanta questões importantes como: Que tipo de seres somos nós? Como expressamos apropriadamente o tipo de seres que somos? Respostas radicalmente diferentes são possíveis, é claro, e aí está a raiz do problema com o conceito de dignidade humana (TORRES, 2014).

Desde então, basicamente três estratégias foram adotadas na tentativa de responder a essas perguntas. A primeira é, amplamente, de base religiosa – pode-se responder às perguntas vendo-as como ligadas ao sobrenatural. A segunda estratégia é filosófica – pode-se responder a essas perguntas usando o rigor filosófico. O terceiro é histórico – pode-se responder a essas perguntas observando que tipos específicos de ações ocorreram que se considera constituir uma violação da dignidade humana (GLÓRIA, 2018).

Essas três estratégias podem ser vistas como um jogo contínuo entre si. Cada um dos principais desenvolvimentos na compreensão e uso da dignidade ilustra uma ou mais dessas estratégias em operação. Durante a Idade Média, com o fermento do debate nos círculos intelectuais sobre a relação entre Deus e o Homem, a ideia de dignitas passou a ser utilizada como forma de distinguir entre o Homem e as outras criaturas, como o fez em Cícero (COSTA, 2015).

Os humanistas tentaram reconciliar o pensamento clássico e a teologia dogmática, enfatizando a ideia de que a humanidade tem dignidade porque o homem é feito à imagem de Deus, distinguindo o homem das outras espécies. Como Arieli apud Torres (2014, p. 234) argumentou: "a expressão a dignidade inerente do homem define o status ontológico do homem que deriva, em última análise, das concepções fundamentais do Ocidente criadas pela fusão do monoteísmo judaico-cristão com aqueles derivados do clássico e concepções humanísticas do homem. O Catecismo da Igreja Católica incorpora esta ideia do homem como feito à imagem de Deus como central para sua concepção da dignidade humana. Torres (2014, p. 237) diz com propriedade:

De todas as criaturas visíveis, apenas o homem é "capaz de conhecer e amar seu criador". Ele é 'a única criatura na terra que Deus desejou para seu próprio bem', e somente ele é chamado a compartilhar, por conhecimento e amor, a própria vida de Deus. Foi para isso que foi criado, e esta é a razão fundamental da sua dignidade ... Sendo à imagem de Deus, o indivíduo humano possui a dignidade de uma pessoa, que não é apenas algo, mas alguém. Ele é capaz de se

conhecer, de se dominar e de se dar livremente e entrar em comunhão com as outras pessoas. E ele é chamado pela graça a uma aliança com seu Criador, para oferecer-lhe uma resposta de fé e amor que nenhuma outra criatura pode dar em seu lugar.

Pode-se identificar um exemplo interessante dos usos práticos para os quais foi dada a ideia emergente da dignidade como inerente ao Homem e, portanto, digna de proteção. Em Sobre a Lei da Guerra e da Paz, publicado em 1625, Hugo Grotius apud Torres (2014) considerou como deve-se tratar os restos mortais de inimigos mortos, e isso resultou em uma longa digressão sobre por que os rituais funerários eram importantes

Em primeiro lugar, embora seja tudo menos claro o que exatamente ele pretendia, uma passagem em que o termo é usado na Metafísica da Moral tornou-se a fonte mais conhecida para a crença subsequente de que a compreensão de Kant da dignidade humana exigia que os indivíduos fossem tratados como fins e não simplesmente como meios para um fim (ARENDR, 2012).

Em segundo lugar, com o tempo, essa conexão entre dignidade e Kant tornou-se provavelmente a concepção de dignidade não religiosa mais citada. Alguns, de fato, consideram-no como o pai do conceito moderno de dignidade humana (ARENDR, 2012).

Em terceiro lugar, seja certo ou errado, a concepção de dignidade mais intimamente associada a Kant é a ideia de dignidade como autonomia; isto é, a ideia de que tratar as pessoas com dignidade é tratá-las como indivíduos autônomos, capazes de escolher seu destino. E aqui se encontra com a ciência do direito (ARENDR, 2012).

O conceito de dignidade passou a ser usado como um grito de guerra para uma variedade de outros movimentos sociais e políticos que defendiam tipos específicos de reforma social durante o século XIX. Um dos epigramas de Friedrich Schiller, *Würde des Menschen* (1798) apud Soares (2017), coloca bem a conexão entre dignidade e condições sociais que estava começando a se desenvolver. Assim a dignidade passou a ser particularmente associada à abolição da escravatura. Simon Bolívar, o líder militar latino-americano, estadista e ícone, justificou a abolição da escravidão como uma violação descarada da dignidade humana e as leis que a perpetuam como sacrilégio. Um dos decretos da República Francesa estabelecido como resultado da revolução de 1848 aboliu a escravidão como uma afronta à dignidade humana.

A ideia da dignidade do trabalho foi usada para encapsular algumas das ambições igualitárias desses movimentos sociais, bem como fornecer um grito de guerra do crescente Movimento Trabalhista para mobilizar as classes trabalhadoras e defender o Estado para fornecer bem-estar social (AZEVEDO, 2002).

O uso da dignidade nos textos jurídicos, no sentido de se referir à dignidade humana como inerente ao Homem, surge nas primeiras três décadas do século XX. Vários países da Europa e das Américas incorporaram o conceito de dignidade em suas constituições: no México de 1917; em 1919 na Constituição de Weimar na Alemanha e Finlândia; em 1933 em Portugal; em 1937 na Irlanda; em 1940 em Cuba. No Brasil na Constituição de 1934 (SILVA, 1998).

No Brasil, embora uma revisão constitucional em 1937 tenha ocorrido com a instituição do Estado Novo em 1937, um sistema ditatorial, os princípios da dignidade humana permaneceram. em 1946 com o processo de redemocratização do país esse princípio foi reforçado; mantido nos textos constitucionais de 1967 e 1969, e profundamente valorizados no texto constitucional de 1988 (SILVA, 1998).

Assim a CF de 1988 reforçou a ênfase colocada sobre a dignidade do homem como seu valor central. Destas referências constitucionais nacionais à dignidade, a influência do pensamento católico, socialdemocrata e kantiano na redação dessa constituição é bem conhecida, e a dignidade tem o lugar mais proeminente de todas na Lei Básica que surgiu em 1934 no Brasil e reforçada em 1988 (SILVA, 1998).

3. A MORTE ATRAVÉS DOS TEMPOS

Pensar a vida é, ao mesmo tempo, pensar a morte. Talvez nós, homens e mulheres, sejamos os únicos a ter certeza de nossa finitude, de que somos mortais, de que vivemos por um determinado tempo, em uma determinada época e cultura específica. E, por que não dizer, representando a vida e a morte de uma maneira muito própria e elaborando um conjunto de discursos para afirmar ou negar, justificar e/ou convencer-nos de que a morte física não é o fim de tudo. Ela seria apenas o início de uma "nova" vida, mais plena e mais feliz. Penso, junto com Bauman (2008), que as culturas humanas podem ser decodificadas como mecanismos engenhosos calculados para tornar suportável a vida com a consciência da morte. E nesse aspecto, a inventividade das culturas de "tornar possível conviver com a inevitabilidade da morte" é, ainda para Bauman (2008, p. 46), assombrosa embora não infinita.

Fustel de Coulanges (2001, p.13) inicia uma de suas mais importantes obras, *A Cidade Antiga*, referindo-se às crenças antigas e, especialmente, às crenças sobre a alma e sobre a morte, afirmando que, até onde nos é dado remontar na história da raça indo-européia, de onde se originaram as populações gregas e italianas, observamos que esta raça jamais acreditou que, depois desta curta existência, tudo terminasse com a morte do homem. As gerações mais antigas, bem antes que existissem filósofos, já acreditavam em uma segunda existência, para além desta nossa vida terrena. Encaravam a morte, não como uma aniquilação do ser, mas como simples mudança de vida.

E Coulanges (2001) finaliza suas considerações afirmando que foi, talvez, diante da morte que o homem, pela primeira vez, teve a ideia do sobrenatural e quis abarcar mais do que seus olhos humanos podiam lhe mostrar. A morte foi o seu primeiro mistério, colocando-o no caminho de outros mistérios. O ser humano deslocou o seu pensamento do visível para o invisível, do transitório para o eterno, do humano ao divino.

Trouxe a obra acima para referendar a tese segundo a qual a religião seria, possivelmente, o mais bem elaborado sistema de representação construído para negar a morte biológica. Nessa perspectiva, cito novamente Bauman (2008, p. 46-47) quando afirma que,

de longe a mais comum e aparentemente efetiva das invenções culturais relevantes, e assim também a mais tentadora é negar a finalidade da morte: a ideia [...] de que a morte não é o fim do mundo, mas a passagem de um mundo para outro. Os moribundos não vão deixar o único mundo que existe para se dissolver e desaparecer no submundo da não-existência, apenas mudarão para outro mundo – onde continuarão existindo, conquanto numa forma um tanto diferente daquela que se acostumaram a chamar sua. [...] Os corpos usados e gastos podem se desintegrar, mas o “estar no mundo” não está confinado a esta carapaça de carne e ossos aqui e agora. Com efeito, a atual existência corpórea pode muito bem ser apenas um episódio recorrente numa existência interminável, embora constantemente mudando de forma (como no caso da reencarnação) – ou uma abertura para a vida eterna da alma que começa com a morte, transformando dessa forma o momento da morte num momento de libertação da alma de seu revestimento corporal (como na visão cristã da vida após a morte).

Ainda para Elias (2001, p. 86), a natureza da morte nas sociedades industriais desenvolvidas, com o isolamento emocional como uma das características preeminentes, surge de modo particularmente claro, se compararmos os procedimentos e atitudes relativos à morte nas sociedades industrializadas e acentuadamente individualizadas, em relação aos dos países menos desenvolvidos. Contudo, apesar de estarmos familiarizados com pinturas de períodos anteriores que retratam famílias inteiras – mulheres, homens e crianças – em torno do leito da matriarca ou do patriarca moribundo, talvez essa seja uma idealização romântica da morte.

Elias (2001, p.86) afirma que famílias nessa época podem ter sido muitas vezes negligentes, brutais e frias. Os ricos nem sempre morreram de maneira suficientemente rápida para seus herdeiros. Os pobres podem ter ficado estendidos sobre sua sujeira e passado fome. Pode-se dizer que antes do século XX, ou talvez do XIX, a maioria das

peças morria na presença de outras apenas porque estavam menos acostumadas a viver e estar sós.

Apesar de não ser mais tranquila, o certo é que a morte era tema mais aberto e frequente nas conversas da Idade Média do que hoje. Em comparação com o presente, a morte naquela época era, para jovens e velhos, menos oculta, mais presente, mais familiar. Isso não quer dizer que era mais pacífica. Além disso, a experiência do medo da morte não foi constante nos muitos séculos da Idade Média, tendo se intensificado durante o século XIV. As cidades cresceram. A peste se tornou mais renitente e varria a Europa em grandes ondas. As pessoas temiam a morte ao seu redor. Pregadores e frades mendicantes reforçavam tal medo. Em quadros, surgiu o motivo das danças da morte, as danças macabras (Elias, 2001, p.21).

Entre os recentes ícones de imortalidade pelos feitos individuais, um dos rostos mais conhecidos, principalmente nos países denominados de “Terceiro Mundo”, seria o do revolucionário argentino Ernesto “Che” Guevara, imortalizado por sua participação na Revolução Cubana que derrubou a tirania de Fulgêncio Batista. Outro indivíduo conhecido e imortalizado, pelo menos aqui no Brasil, seria Ayrton Senna, piloto de Fórmula Um, que morreu num acidente na corrida de Ímola na Itália, em 1994.

No que diz respeito à eutanásia, o termo foi criado apenas no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon, derivado do grego eu (boa), thanatos (morte), ou seja, “boa morte”, “morte apropriada, morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente direito de matar. Contudo, tal prática é herdeira de uma longa tradição (Sá, 2005). Comum, entre os povos denominados de primitivos, que sacrificavam doentes, velhos e débeis, era praticada publicamente numa espécie de ritual de expiação, na Índia antiga, Esparta, Idade Média, entre outras épocas. Em poucos termos, a eutanásia foi largamente praticada, sob uma diversidade de argumentos. Algumas vezes aplicados como punição ou como higienização social. Outras, com uma conotação humanitária.

A partir da Modernidade, contudo, através da racionalização e humanização do Direito moderno, tal prática adquiriu um caráter criminoso, sob o argumento da proteção ao mais valioso dos bens: a vida. Assim, o ordenamento jurídico dos chamados países civilizados, herdeiros do pensamento jurídico Greco-romano, e dos princípios jurídicos das diversas correntes filosófico-jurídicas de pensamento, se sobrepõe à liberdade de escolha do próprio indivíduo quanto à morte com dignidade ou à vida indesejada. Como se verá na próxima sessão, o principal fundamento jurídico desse discurso provém do fortalecimento do Estado Moderno e do Biopoder.

4. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE ORTOTANÁSIA

Denota-se que as resoluções do Conselho Federal de Medicina 1.805/2006 e 1.931/2009 em situações em que haja terminalidade de vida, houve recomendação no sentido de aplicar a ortotanásia como prática ética.

Assim, Leo Pessino (2005) fazendo uma alusão sobre a questão histórica entrelaçada nos Códigos de Ética Médica, destacou que até o ano de 1988 se ocorre uma mudança de paradigma para os dias de hoje, no sentido de entender que nem sempre a tentativa de prolongamento da vida dos enfermos será estritamente prioritários, havendo a necessidade de viabilizar uma visão sobre o bem-estar do paciente, sendo recomendável:

No atual código de ética médica, de 1988, notamos importante mudança de ênfase. O objetivo da medicina não é apenas prolongar ao máximo o tempo de vida da pessoa. O alvo da atenção do médico é a saúde do ser humano e o critério para avaliar seus procedimentos é se eles vão beneficiá-lo ou não (cf. art. 2º). O compromisso com a saúde, principalmente se entendido como bem-estar global da pessoa e não apenas ausência de doença, abre a possibilidade para outras questões no tratamento do doente terminal, além das questões curativas. Mesmo assim, continua firme a convicção, também encontrada em códigos anteriores, de que "O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana (...)" (art. 6º). (PESSINI, 2005, p.41).

Ressalta-se que uma das resoluções acima mencionada foi questionada juridicamente por meio de uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, trazendo como bojo argumentativo sobre a questão do abreviamento da vida, sendo necessário que seja combatido o risco da utilização inadequada desses fatores.

Na referida Ação, o magistrado Roberto Luis Luchi Demo julgou improcedente, aludindo que a prática da ortotanásia é atípico, bem como a postura médica ética sobre a terminalidade da vida é relevante. O referido julgamento trabalhou com princípios de Ética Médica consagrados originalmente no relatório Belmont e na obra Princípios de Ética Biomédica, de Beauchamp e Childress (2016), especialmente os da beneficência e da não maleficência:

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor - caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se

pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente. Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família.

Dentre os defensores da ortotanásia destaca-se José Oliveira (2013) que dentre os fundamentos traçados em sua obra tem-se a ideia de morte com dignidade, em virtude de não haver regulamentações jurídicas que haja a manutenção de forma forçosa da vida em situações de terminalidade ou estado vegetativo, justificando-se, portanto, pela opção de ortotanásia.

Na mesma toada de pensamento, Gerson Camata (2010), criticando a legislação brasileira vigente sustenta ser a ortotanásia medida humanitária e o direito a morte digna verdadeiro direito fundamental:

A ortotanásia, nunca é demais repetir, é uma medida humanitária. A morte digna é um dos direitos fundamentais do homem, e ele está sendo roubado a muita gente que sofre, em nosso país, por culpa da inadequação da lei, que obriga os profissionais da medicina a submeterem seus pacientes a tratamento sem utilidade, causadores apenas de um martírio adicional. É a hora de acabarmos com isso, e de nos juntarmos aos países civilizados, que há muito tempo legalizaram o fim da submissão compulsória de pacientes desenganados a tratamentos inúteis.

Idêntico raciocínio é esposado por Luiz Roberto Barroso (2014), conforme se depreende da seguinte passagem:

Esta postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, reforça um modelo médico paternalista que se funda na autoridade do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de sujeito do enfermo. Ainda que os médicos não mais estejam

vinculados eticamente a este modelo superado de relação, o espectro da sanção pode levá-los a adotá-lo. Não apenas manterão ou iniciarão um tratamento indesejado, gerador de muita agonia e padecimento, como, por vezes, adotarão algum não recomendado pela boa técnica, por sua desproporcionalidade. A arte de curar e evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Não é apenas a autonomia do paciente que é agredida. A liberdade de consciência do profissional de saúde pode também estar em xeque.

Pablo Stolze Gagliano (2014) lembra que o anteprojeto do novo código penal expressamente descriminaliza a prática da ortotanásia, o que afastaria os receios da comunidade médica quanto a possíveis consequências penais, minimizando as críticas feitas pelos autores supra:

Parte-se do pressuposto de que a supressão de mecanismos artificiais que retardam o falecimento do enfermo, além de por fim ao seu martírio, possibilitará a conclusão natural do processo patológico iniciado. Não se caracteriza omissão de socorro, tipificada no art. 135, CP, uma vez que, no caso, deixa-se de utilizar aparelho que prolonga a vida do paciente sem a possibilidade de reversão ou cura(GAGLIANO, FILHO/2014/p. 204).

Depreende-se, da análise das contribuições acima mencionadas, uma preocupação em preservar a liberdade de consciência do profissional médico e, acima de tudo, da autonomia do paciente. Tal qual a questão da eutanásia (e mesmo a distanásia, quando seja o desejo do enfermo "viver a sua morte em sua intensidade e significado"), a autonomia passa a desempenhar papel crucial, pelo que se passa (dentro do que permitem os limites deste trabalho) a abordá-la.

5. O PAPEL DA AUTONOMIA DO PACIENTE QUANTO À DECISÃO SOBRE O MOMENTO DE SUA MORTE

A palavra autonomia é de origem grega, composta pelo adjetivo pronominal autos, que significa "o mesmo", "ele mesmo" e "por si mesmo"; e pelo substantivo nomos, com o sentido de "compartilha", "instituição", "lei", "normas", "convenção" ou "uso" (ALMEIDA, 1999). O dicionário Aurélio (FERREIRA, 2000) define autonomia como faculdade de governar-se por si mesmo, sendo autônomo aquele que não depende do outro. Conforme já se disse em outra passagem:

Percebe-se a noção de autonomia privada como a capacidade de que é dotada a pessoa de realizar escolhas e opções, que implicarão em

consequências jurídicas e extrajurídicas. Mesmo os ordenamentos mais totalitários e mais restritivos reconhecem a capacidade do ser humano de determinar os rumos de seu comportamento. Mesmo as sociedades mais marcadamente caracterizadas pela padronização dos Standards de comportamento e consumo não podem suprimir (mas somente buscar influenciar) esta liberdade de autorregulação das próprias condutas (SILVEIRA; ROCHA, 2016, p. 10).

A ideia de autonomia é essencial onde se considera pessoa autônoma como aquela capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção dessa deliberação – afirma que o princípio da autonomia não pode mais ser entendido apenas como sendo a autodeterminação de um indivíduo, já que esta é apenas uma de suas características e, tomada isoladamente, desconsidera o componente social.

Desse modo, retirando-se a questão de forma exclusiva patrimonialmente falando, abrange igualmente a proteção à liberdade de escolhas referentes a situações jurídicas existenciais, que permitam a realização dos projetos de vida do sujeito: “Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais –mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier”(Op. cit., p. 108).

Luiz Roberto Barroso (2014) afirma que esta concepção da dignidade como um empowerment é característica dos grandes documentos relativos aos Direitos Humanos do século XX, e das constituições pós Segunda Guerra Mundial. A mesma pressupõe o entendimento de quatro elementos. Inicialmente, temos a capacidade de autodeterminação “poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas”.

Seu exercício pode sofrer restrições, justificadas pelo interesse público, na medida em que este possa ser afetado. Entretanto, ainda quando colida com o interesse coletivo, seu reconhecimento enquanto expressão da dignidade impõe que lhe seja preservado um núcleo (core) essencial que, a toda evidência, parece englobar as situações existenciais que mais intensamente lhe afetam, dentre as quais se destaca a possibilidade de realizar escolhas que reduzam ao máximo (ou mesmo suprimam em absoluto) a dor e o sofrimento.

Existem situações em que é lícito impor algum nível de sofrimento a uma pessoa em nome de um interesse público (e.g., o cumprimento de pena privativa de liberdade pelo indivíduo condenado pela prática de um crime). Não parece ser, contudo, o caso da terminalidade da vida. Por mais que a vida humana possua um valor intrínseco, e que haja um evidente interesse em preservá-la, o mesmo não vai ao ponto de impor ao sujeito a perpetuação de uma condição que não mais permite a realização de seus projetos

existenciais. Inexiste aqui uma justificativa racional que permita a restrição da autonomia pro societate.

Nesta toada, um ordenamento que se propõe garantidor da dignidade humana deve reconhecer e preservar a autonomia do indivíduo nas questões que afetam a sua concepção de vida digna.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa atendeu rigorosamente seus objetivos ora traçados, sendo possível denotar inicialmente a respeito da dignidade humana. Em seguida, discorreu-se sobre a morte através dos tempos, aludindo-se conceitualmente e culturalmente. Após essa análise, debruçou-se inteligentemente sobre a ortotanásia e suas considerações jurídicas. E por fim, sobre a autonomia do paciente escolher pela morte em situação de terminalidade e em estado vegetativo permanente.

Diante disso, conclui-se que, mesmo diante da complexidade do assunto, a dignidade humana deve prevalecer em todas as escolhas humanas. Sabe-se que o direito de morrer com dignidade deve ser observado com atenção. Exemplo disso, em situações em que os pacientes estão dotados de irreversibilidade, cabe ao médico optar pela ortotanásia, no sentido de não utilizar mecanismos e ferramentas tecnológicas que incidam no prolongamento da vida e o conseqüente aumento do sofrimento.

7. REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **A Condição Humana**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

AZEVEDO, A. J. de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. In: Revista dos Tribunais, v. 797, mar. 2002, p. 11-26.

BARBOZA, Heloísa Helena. A autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In: PEREIRA, Tânia da Silva, et. al. Vida, Morte e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora, et. al., Bioética e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008a.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de Ética Biomédica. Trad. Luciana Prudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BOFF L. **Experimentar Deus: A Transparência de Todas as Coisas**. Disponível em <http://www.portaldetonando.com.br/forumnovo/> Acesso em 23 de set de 2020.

CAMATA, Gerson. Em defesa da ortotanásia. In: PEREIRA, Tânia da Silva, et. al. Vida, Morte e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

COSTA, O. T. da. **O trabalho e a dignidade do trabalhador**. In na ST nº 75 – Set/2015, p. 7.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ELIAS, Norbert. A solidão dos moribundos, seguido de Envelhecer e morrer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil- v. 1, Parte Geral. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GLÓRIA, B. N. **A dignidade humana na filosofia e no direito**. Rio de Janeiro: Campus, 2018.

MCCRUIDDEN, C. **Dignidade humana e interpretação judicial dos direitos humanos**. 81, Texas L Rev (2013) 1031.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes. Direito a uma Morte Digna. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso, et. al., Direito & Justiça Social. São Paulo: ATLAS, 2013.

PESSINI, Leo. Eutanásia: Por que abreviar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo; ed. Loyola, 2005.

ROCHA, C. L. A.. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Revista Interesse Público, nº 04, 2009, p.23-48.

SANTOS, F. F. dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2009.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, J. A. da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998, p. 125-145.

SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha. A Autonomia da Vontade quando da terminalidade da vida. Artigo apresentado no o XXV Encontro do CONPEDI/DF, realizado nos dias 06-09/07/16.

SOARES, M. P. **O estado de direito e sua virtude no princípio da dignidade humana.** Petrópolis: Vozes, 2017.

TORRES, R. A. **O princípio da dignidade na teoria dos direitos fundamentais.** Centro de Estudos Constitucionais, 2014.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO: MECANISMOS DE ENFRENTAMENTO

LUCILENE LIBORIO DA COSTA:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar os mecanismos de enfrentamento do Estado em relação a violência de gênero. Metodologicamente, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, permitindo-nos selecionar livros e artigos para discutir sobre o tema ora em comento. A pesquisa é relevante tanto para sociedade quanto para os operadores do Direito, por trazer em debate um problema vivenciado no cotidiano das pessoas, em que é fundamental se debruçar sobre as medidas de combate, além de que, o estudo servirá como base para futuros estudos sobre a questão de gênero e a violência. Dividiu-se a pesquisa em três itens, quais sejam, gênero e sexualidade; da homossexualidade e a homofobia; e por fim, o combate da violência de gênero.

Palavras-chave: Violência; Gênero; Enfrentamento.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. GÊNERO E SEXUALIDADE - 3. DA HOMOSSEXUALIDADE À HOMOFOBIA: ATRIBUIÇÕES DE SIGNIFICADOS - 4. O COMBATE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO - 5. CONCLUSÃO - 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Os estudos feministas nasceram da revolta das mulheres face às normas e condições que presidiam seu destino pessoal e seu confinamento à esfera privada, o movimento feminista contemporâneo tornou-se rapidamente, no decorrer dos anos 60, um projeto intelectual e político para pensar e agir o "nós mulheres", anunciado pelo aparecimento do ensaio "O Segundo Sexo" de Simone de Beauvoir, em 1949, e tornado viável graças às grandes mobilizações coletivas desta época. Nesta publicação Simone analisa a condição inferior da mulher; inferioridade essa que não precisa ser um destino: "não se nasce mulher, torna-se mulher".

Se voltarmos um pouco mais no tempo, encontremos notícias de outras mulheres que lutaram pelos seus direitos. Thereza Pires (2000,p.32), relata que o acesso à instrução foi o primeiro tema das reivindicações feministas. Em 1405, Christine de Pisan - viúva e mãe de três filhos - escreveu o livro "La Cité des Dames". Considerada pelas feministas como a primeira mulher a protestar de forma veemente contra o preconceito e discriminação, portanto, em pleno século XV, tentou reformular o papel da mulher na sociedade.

Denota-se que atualmente, no Brasil, tanto as questões de gênero quanto às de sexualidade têm ganhado destaque, nas diversas instâncias sociais. Por um lado, há a implementação de políticas públicas de proteção à mulher – por exemplo, a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres, em 2003, e seu atual Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015, bem como a sanção, em 2006, e alteração, em 2012, da Lei Maria da Penha, além da criação progressiva de Delegacias Especializadas de Atendimento à mulher em todo o país.

Também, através das ações da Secretaria de Direitos Humanos, lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais adquirem representatividade e lutam para terem seus direitos respeitados.

Diante disso, a pesquisa objetiva analisar os mecanismos de enfrentamento do Estado contra violência de gênero. Para isso, dividiu-se a pesquisa em três itens, quais sejam, gênero e sexualidade; da homossexualidade e a homofobia; e por fim, o combate da violência de gênero.

2. GÊNERO E SEXUALIDADE

Sabemos que, por séculos, e especialmente a partir da Modernidade, com o fortalecimento do discurso científico, em nossa cultura ocidental, homens e mulheres foram diferenciados, por disputas de poder, utilizando-se para isso argumentos relacionados às suas possíveis essências, levando em conta aspectos biológicos. Tais justificativas consolidaram-se de tal modo, que, na contemporaneidade, ainda circulam muitas representações masculinas e femininas pautadas nesse princípio. Para Felipe (2007a, p.84):

[...] é interessante observar o quanto concepções pautadas na ideia de “essência” ou “natureza” são ainda hoje muito veiculadas, na tentativa de justificar todo e qualquer comportamento relacionado às masculinidades e às feminilidades. Dificilmente as pessoas se dão conta dos inúmeros e minuciosos investimentos feitos para que os sujeitos sejam produzidos e subjetivados desta ou daquela forma, de acordo com as expectativas sociais do grupo ao qual pertencem. Esse amplo e quase imperceptível processo educativo que vai se delineando ao longo do tempo, dá-se nas mais variadas instâncias de formação: na família, na escola, no discurso religioso, no discurso midiático, etc., produzindo então inúmeras desigualdades, na medida em que valoriza alguns comportamentos em detrimento de outros.

Entretanto, graças a novos olhares, que pretendem “abalar certezas”, como os Estudos Feministas, os Estudos de Gênero, os Estudos Gays e Lésbicos e a Teoria Queer, é

possível procurar novos caminhos para tratar de assuntos tão recorrentes. Pensando nessas potencialidades, inicio a apresentação das ferramentas conceituais dessa pesquisa, destacando as colocações anteriores de Felipe (2007a p. 78) e a importância do surgimento do conceito de gênero como ferramenta conceitual para compreender muitas das diferenças e desigualdades sociais produzidas pelos sujeitos, atravessado com outros fatores significativos como religião, geração, raça, etnia, classe social:

[...] cabe ressaltar a produtividade do conceito de gênero como ferramenta teórica e política na reflexão a respeito das subalternidades, abalando certezas tão firmemente alicerçadas em torno das diferenças biológicas, que serviram durante muito tempo para justificar as desigualdades entre homens e mulheres.

A autora refere-se à visibilidade que o conceito de gênero tem adquirido desde a década de 1970, “no meio acadêmico, bem como nos movimentos sociais, nas organizações não governamentais, na militância político-partidária, nas políticas públicas” (2007a, p.78).

Segundo Bento (2006, p. 78-79) na década de 1980 cresce a organização de grupos em torno da orientação sexual, ao mesmo tempo em que a preocupação acadêmica se volta para o estudo dos papéis da psicologia e da psicanálise na construção da sexualidade. Nessa década houve dois destacados movimentos teóricos: “a crítica à universalidade da categoria ‘mulher’ e os estudos sobre a sexualidade”, destacando-se Foucault (1985), Weeks (1993) e Gayle Rubin (1989).

O livro de Foucault A história da sexualidade (1985) marca esse período. Sua tese era de que a sexualidade, apesar de considerado o reduto mais pessoal, resultaria da “articulação histórica do dispositivo do poder-saber, que põe e expõe o sexo em discurso, produzindo efeitos sobre os corpos e as subjetividades.”

Rubin (1989) defende que sexualidade e gênero deveriam ser analisados como categorias independentes, assim deveriam ser analisados “deslocadamente a sexualidade do gênero, o gênero do corpo-sexuado, o corpo-sexuado da subjetividade e a sexualidade do corpo-sexuado”, ou seja, diferentemente do que ela mesma havia feito em *The traffic in Woman* (1975), o qual fora uma destacada referência nos estudos sobre as mulheres dos anos 70, em que a opressão sexual foi tratada como um fenômeno da opressão de gênero; e que não contemplara uma distinção necessária entre gênero e desejo sexual. Em seguida, Navarro-Swain (2000) retoma essa questão de Rubin, considerando que a luta feminista contra a opressão de gênero teria contribuído para a invisibilidade das lésbicas, as quais não se viam representadas, nem eram aceitas, pelos grupos feministas.

De acordo com Pereira (2004, p.178-179), o conceito “sistema sexo/gênero”, da antropóloga Gayle Rubin, apresentado em seu texto *Tráfico de mulheres*, de 1993, “assegurou a compreensão dos sujeitos sociais sexuados, entrelaçados ao sistema de sexualidade [...] as relações de gênero não resultam da existência de dois sexos, sim de um sistema sexo/gênero”. Essa construção também demonstra influências do esquema de pensamento marxista, marcado pelo princípio da “igualdade” das décadas de 1960, 1970 e 1980 influenciando os estudos de Scott (1990) e Heilborn (2006), por exemplo. Esse momento demarcou que os papéis e posições de homens e mulheres não provinham de suas anatomias.

Conforme Bento (2006, p.73-77) durante a década de 1990 houve mudanças nos estudos sobre as mulheres. Percebeu-se a necessidade de desconstruir a ideia de mulher universalmente subordinada, pois tal noção teria propiciado, até então, por um lado uma representação da mulher-vítima e, por outro, a do homem-inimigo, revelando duas faces da mesma moeda: o patriarcalismo.

As identidades de homens e mulheres passaram a ser entendidas de forma relacional, e para essa mudança de postura, destacaram-se os trabalhos de Joan Scott, pois a autora pensou o *gender* como instrumento metodológico para entenderem-se a construção, a reprodução e as mudanças das identidades de gênero.

Bento (2006, p.76) aponta que ao “tentar descobrir o que leva à aparência de uma permanência intemporal na representação binária e hierarquizada entre os gêneros”, Scott acabou reforçando o binarismo homem/mulher, fundamentando o conceito de gênero na diferença do sexo, sem considerar outros sujeitos inscritos fora dessa norma. Nesse período começaram a surgir na cena acadêmica os estudos sobre as masculinidades, os quais se propuseram a desconstruir o homem universal, naturalmente viril, competitivo e violento.

Ainda de acordo com Bento (2006, p.74) houve uma nova premissa que norteou as pesquisas a partir de então, pois se passou a considerar a construção do masculino e do feminino de forma relacional, não mais baseada na oposição binária homem X mulher, mas sim em um movimento de outros atravessamentos: etnias, classes sociais, regiões

Retomando a abordagem de Meyer (2013, p.17), ela descreve que o termo “gênero” foi utilizado pela primeira vez na década de 1970, por um grupo de estudiosas anglo-saxãs, em inglês *gender*. Houve debates e diferentes definições para o termo, mas ele foi “ressignificado e complexificado em especial pelas feministas pós-estruturalistas (SCOTT, 1995; LOURO, 1997; WEEDON, 1999; NICHOLSON, 2000)”.

De acordo com Bento (2006, p.80), o terceiro momento dos estudos de gênero é marcado pela problematização dos vínculos entre gênero, sexualidade e subjetividade,

acompanhada pela visão do “corpo como significante em permanente processo de construção e com significados múltiplos.” As noções de multiplicidade, de desnaturalização, de legitimação das sexualidades fora da norma, e os estudos das tecnologias empenhadas na produção dos 'sexos verdadeiros' constituem-se nos estudos queer. Nos Estados Unidos o termo queer era utilizado depreciativamente para referir-se aos gays, mas esse sentido histórico foi revertido na literatura queer estadunidense de forma que engloba os termos gay e lésbica.

3. DA HOMOSSEXUALIDADE À HOMOFOBIA: ATRIBUIÇÕES DE SIGNIFICADOS

Para Louro (2009) no Ocidente, a partir da era Moderna, especialmente com a Revolução burguesa e o industrialismo, desencadearam-se processos políticos, econômicos, culturais e sociais bastante complexos - como uma nova divisão sexual do trabalho e a circulação de ideias feministas - responsáveis por reconfigurar as sociedades em variados aspectos.

No que diz respeito à sexualidade, passou-se de um modelo de sexo único baseado no homem, para outro binário em relação ao gênero, em que o homem era central e estava em oposição à mulher. Também, essa noção avançou para um binarismo de sexualidade em que a heterossexualidade é o normal e a homossexualidade é o diferente. Sempre houve em todas as sociedades práticas sexuais e afetivas entre pessoas do mesmo sexo, entretanto, elas adquiriram novos sentidos.

Para Louro (2009, p.87-88), não mais essas práticas seriam vistas como um “pecado eventual”, um “erro” ou uma “falta a que qualquer um podia incorrer”, suscetível à punição e talvez ao perdão. Passariam a ser entendidas como reveladoras de “uma verdade oculta do sujeito”, de um sujeito “de outra espécie”, “Para este tipo de sujeito, haveria que inventar e pôr em execução toda uma sequência de ações: punitivas ou recuperadoras, de reclusão ou de regeneração, de ordem jurídica, religiosa ou educativa.”

Filho (2009, p.100) afirma que a homossexualidade foi uma prática sexual concomitante à heterossexualidade e à bissexualidade na história de diversos povos – inclusive ocorrendo a formação de “um meio homossexual masculino [...] nas grandes cidades ocidentais [...] desde o século XVI”; uma prática descrita por Schopenhauer e atestada em pesquisas da Antropologia e da História. Mesmo assim, a “representação do homossexual (homem ou mulher) como um tipo clínico, tal como se conhece hoje, somente aparece nas sociedades ocidentais no século XIX.”

O autor cita o texto “As sensações sexuais contrárias” do médico alemão Carl Westphal, de 1870, no qual a homossexualidade foi tratada como “desvio sexual” e seus praticantes vistos como sujeitos dotados de algumas características físicas e psicológicas

desviantes a serem descobertas. Esse fato inaugurou uma série de investimentos de teóricos na procura das causas de tal “anomalia”.

De acordo com MacRae (2011, p.25-27), no século passado, durante muito tempo, os defensores dos direitos dos homossexuais tentavam mostrar que “eles poderiam ser cidadãos tão bons, decentes e integrados quanto os heterossexuais”, “frequentemente escudando suas reivindicações atrás de títulos médicos” e “quase invariavelmente tentando angariar as simpatias” da elite social, política e econômica de um país. Um exemplo dessa postura foi, em 1929, as impressões de “seriedade e respeitabilidade do que era então uma espécie de quartel general do movimento homossexual” que o romancista inglês Christopher Isherwood teve numa visita ao Instituto de Ciência Sexual, situado em um palácio em Berlim, onde atuava um dos mais importantes dos primeiros militantes gays, Magnus Hirschfeld.

Entretanto, esse Instituto “foi o primeiro alvo da campanha nazista contra os livros ‘pouco germânicos’”, sendo saqueado em maio de 1933 e sua biblioteca de 10000 exemplares foi incinerada junto ao busto de Hirschfeld. Com o advento do nazismo e do stalinismo encerrou-se a militância homossexual e somente a partir de 1948 ela foi retomada, por exemplo, com a criação, nos Estados Unidos, do Mattachine Society, que de início era uma organização semiclandestina, a qual objetivava integrar os homossexuais.

Porém, seus membros “muitas vezes aceitavam a noção da homossexualidade ser uma doença, frequentemente adotavam pseudônimos e enfatizavam a sua respeitabilidade”, uma posição talvez hoje julgada como tímida, mas compreensível considerando-se a repressão da sociedade estadunidense da época. O termo ‘homossexual’ não era bem visto devido à ênfase no sentido ‘sexual’, utilizando-se em vez dele ‘homófilo’ e ‘homoerótico’.

Outros grupos semelhantes começaram a surgir em outros países, como: na França o Arcadie, na Dinamarca o Forbundet, na Holanda o COC, todavia, somente com os movimentos da década de 1960 em diversos países é que o movimento gay irá romper o modo de militância de até então e adquirir maior relevância.

Ainda conforme Filho (2009, p.100-101), referindo-se aos estudos de Luiz Mott¹⁸ - antropólogo brasileiro e ativista em favor dos direitos civis LGBT - os termos homossexual e homossexualismo teriam aparecido, primeiramente em 1869, quando o escritor e advogado húngaro Karol Maria Kertbeny, sob o pseudônimo Dr. Benkert, os utilizou em seus artigos de jornais como forma de opor-se ao parágrafo 175 do Código Penal alemão que condenava os praticantes do amor do mesmo sexo à prisão com trabalhos forçados e de pleitear proteção a sua pessoa, bem como respeitabilidade à minoria discriminada.

Desde então, a homossexualidade foi compreendida pela ciência e pela religião como “doença, vício, crime e pecado”, não só, mas principalmente pelo Cristianismo, o Islamismo e o Judaísmo. Em 1994, o papa João Paulo II afirmara que a homossexualidade era “um comportamento moralmente inaceitável”. Em 2002, o Vaticano definiu-a como um conflito psíquico não resolvido que a sociedade não pode institucionalizar, quando da publicação do seu Lexicon.

Até que, recentemente, algumas iniciativas contribuíram para reverter esse quadro. Em 1973, a Associação dos psiquiatras americanos retirou-a da lista de doenças mentais, sendo que até 1975 os homossexuais não eram aceitos como psicanalistas pelas respectivas sociedades. Em 1991 a Organização Mundial da Saúde retirou da lista de doenças a homossexualidade. Nos anos 1980, no Brasil, pelos esforços de Luiz Mott foram aprovadas diversas moções de associações científicas, em especial, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e da Associação Brasileira de Antropologia, além disso, importantes posições de crítica ao preconceito em torno da homossexualidade foram anunciadas.

Junqueira (2009, p.15) registra outras tentativas de combate ao preconceito contra homossexuais. Em 1998, na Inglaterra, foi instituído o Standards and Framework Act, uma responsabilização aos diretores de escolas a adotarem medidas de combate a qualquer forma de discriminação entre estudantes.

Em 2007, aprovou-se o Equality Act a fim de combater “a discriminação por orientação sexual no acesso, no fornecimento e na utilização de bens e serviços públicos e privados”, incluindo as escolas religiosas que “deverão ensinar o respeito à livre expressão sexual”. No Brasil, foi lançado o “Programa Brasil sem Homofobia”, em 2004, em parceria com a sociedade civil organizada (Organizações Não governamentais, e outras) a fim de promover a cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), por meio da defesa e equiparação de direitos civis e do combate à violência e à discriminação

4. O COMBATE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Atualmente, no Brasil, tanto as questões de gênero quanto às de sexualidade têm ganhado destaque, nas diversas instâncias sociais. Por um lado, há a implementação de políticas públicas de proteção à mulher – por exemplo, a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres, em 2003, e seu atual Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015, bem como a sanção, em 2006, e alteração, em 2012, da Lei Maria da Penha, além da criação progressiva de Delegacias Especializadas de Atendimento à mulher em todo o país.

Também, através das ações da Secretaria de Direitos Humanos, lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais adquirem representatividade e lutam para terem seus direitos respeitados. Em especial, o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, criado em 2009, assinala novos rumos na promoção e defesa da cidadania desses grupos. Por outro lado, numa arena de disputas, vemos diversas representações de gênero e sexualidade operando em nosso meio. A mídia também tem dado ênfase a essas questões, algumas vezes de maneira respeitosa aos direitos humanos, em outras, de modo ofensivo, injurioso e preconceituoso.

Outros mecanismos para o combate a violência de gênero tem-se o programa “Programa Brasil sem Homofobia” prevê várias ações, dentre as quais: apoiar projetos de fortalecimento de instituições públicas e não governamentais que atuam na promoção da cidadania LGBT e/ou no combate à homofobia; capacitar profissionais e representantes do movimento LGBT que atuam na defesa de direitos humanos; disseminar informações sobre direitos, de promoção da autoestima LGBT; estimular a denúncia de violações dos direitos humanos da população LGTB – para isso há o Disque 100, gratuito, por meio do qual se pode denunciar qualquer violação aos Direitos Humanos dos indivíduos LGBT e demais cidadãos.

Entretanto, uma das primeiras iniciativas desse programa - a distribuição às escolas de um conjunto de materiais que ficou conhecido como “Kit Escola Sem Homofobia” - foi suspensa em 2011, pois sofreu duras críticas e fortes reações de setores conservadores (bancada evangélica) atrelados ao Governo.

No sítio da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República há bastantes informações a respeito dessas questões, dentre as quais destaco o menu LGBT, através do qual é possível conhecer os programas, os dados estatísticos e as leis vigentes, que dizem respeito a esse grupo, tanto no âmbito federal quanto nos âmbitos estaduais e municipais.

No Rio Grande do Sul, por exemplo, há leis que tratam dessas questões a partir de 2002, como o Decreto estadual nº 48.117 de 27 de junho de 2001, o qual instituiu o Dia 17 de maio, como Dia Estadual de Combate à Homofobia, em consonância com o Dia Internacional de Combate à Homofobia, data em que a Organização Mundial da Saúde retirou a homossexualidade do Código Internacional de doenças e com o Decreto federal de 04 de junho de 2010 que oficializou o dia 17 de maio como Dia Nacional de Combate à Homofobia.

Ainda hoje, a sociedade brasileira mostra-se polarizada entre homens e mulheres. A mídia, muitas vezes, colabora para fixar essas identidades essencialmente diferentes, apregoadas por vários discursos da Modernidade.

A afirmação de Felipe (2007a, p.79), destaca a produtividade de análises que questionem “práticas sociais e culturais, que através de seus diferentes discursos – religioso, jurídico, psicológico, pedagógico – constituem homens e mulheres, meninos e meninas, limitando-os, em suas experiências.”

Em seu artigo “Gênero e educação: teoria e política”, Dagmar Meyer faz uma importante retomada sobre como se constituiu o campo de estudos feministas no século XX. Conforme Meyer (2013, p.13), em geral, as historiadoras identificam duas ondas do movimento feminista. A primeira ocorre em torno do movimento sufragista, e, no Brasil, pode ser datado entre 1890, com a Proclamação da República, e 1934, com a Constituição desse ano.

Havia várias faces do movimento: um feminismo liberal e burguês, outro que se aliou às causas socialistas, formação de sindicatos e lutas por trabalho; outro anarquista que incluiu na pauta o direito das mulheres sobre o próprio corpo e a sexualidade. Sendo assim, as reivindicações dessa época foram além do direito ao voto, buscavam-se condições dignas de trabalho, o direito à educação, ao exercício da docência. A segunda onda, nos países ocidentais, situa-se entre os anos 1960 e 1970, concomitantes às manifestações de maio de 1968 na França. No Brasil, ela se desenvolve em meio aos movimentos de oposição à ditadura militar e aos movimentos de redemocratização no início da década de 1980. De acordo com Meyer (2013, p. 14), durante a segunda onda, objetivava-se o

[...] reconhecimento da necessidade de um investimento mais consistente em produção de conhecimento, com o desenvolvimento sistemático de estudos e pesquisas que tivessem como objetivo não só denunciar, mas, sobretudo, compreender e explicar a subordinação social e a invisibilidade política a que as mulheres tinham sido historicamente submetidas.

O grande mérito dos estudos desse campo que se delineava foi ter como objeto de estudos as mulheres, suas necessidades, dificuldades e interesses. Por meio deles, foram produzidas estatísticas e informações antes inexistentes; apontadas falhas e silêncios dos registros oficiais; denunciados o sexismo e a opressão vigentes na educação e nas relações de trabalho; levaram para o âmbito acadêmico temas considerados menores até então: “o cotidiano, a família, a sexualidade, o trabalho doméstico” (ibidem, p.15).

Meyer (2013, p.15) destaca que a “trajetória rica e multifacetada do feminismo também foi e é permeada por confrontos e resistências” tendo em vista os diferentes alinhamentos teóricos do movimento. Parte dos estudos trabalhava próximo à psicanálise, alguns incorporavam e/ou tencionavam o Marxismo, e outros produziam paradigmas

feministas como a teoria do patriarcado. As divergências eram evidentes, ainda houve quem se ancorasse em justificativas biológicas para justificar as diferenças entre mulheres e homens; houve quem defendesse a classe social como explicação para as desigualdades existentes; existiu uma análise economicista, de inspiração marxista, que enfatizou os processos de produção capitalistas e a divisão social do trabalho na tentativa de explicar as relações de poder na vida privada e nas relações afetivas de homens e mulheres, além da configuração da maternidade como algo naturalmente feminino.

Conforme Bento (2006, p.70-71) os estudos sobre gênero adotaram durante algumas décadas uma perspectiva oposicional, binária e de caráter universalizante herdada do pensamento moderno para explicar a subordinação da mulher. Simone de Beauvoir, em 1949, com a publicação de *O segundo sexo*, afirmara que a “mulher não nasce, torna-se”, o que contribuiu para um “movimento de desnaturalização da identidade feminina”.

Entretanto, para Bento (2006) desnaturalizar não é o mesmo que dessencializar, pois enquanto Beauvoir apontava que eram as condições biológicas que ‘tornavam’ as mulheres inferiores aos homens, foram reforçadas as posições fixas das identidades femininas e masculinas – um processo de essencialização - de modo que tais características foram supostamente atribuídas a todos os homens e mulheres – uma postura universalizante.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa atendeu rigorosamente seus objetivos, elencando pontualmente sobre a conceituação e historicidade das questões de gênero e sexualidade. Após essa análise, discorreu-se sobre a homossexualidade e homofobia. E por fim, debruçou tecnicamente e juridicamente sobre o combate a violência de gênero, sendo possível elencar medidas de enfrentamento realizado tanto pelo Estado quanto pela sociedade para que haja a diminuição no Brasil.

É necessário que haja uma discussão ampla sobre os referidos mecanismos, dentre os quais, destaca-se a Lei Maria da Penha, que apesar de trazer inúmeras inovações no combate a violência contra a mulher, ainda assim, os dados demonstram que falta muito para que alcance uma eficiência considerável.

Assim, é notório essa necessidade de haver mais mecanismos efetivos e eficientes para que este problema seja combatido fortemente. E assim, futuramente afirmarmos que a violência de gênero que personificam-se através de preconceito, discriminação e homofobia, possam ser visto como algo do passado.

6. REFERÊNCIAS

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, 256p.

FELIPE, Jane. Gênero, sexualidade e a produção de pesquisas no campo da educação: possibilidades, limites e a formulação de políticas públicas. *ProPosições*, v. 18, n. 2 (53) - maio/ago. 2007a.

FELIPE, Jane; BELLO, Alexandre Toaldo. Construção de Comportamentos Homofóbicos no Cotidiano da Educação Infantil. In: *Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

FILHO, Alípio de Sousa. Teorias sobre a Gênese da Homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude. In: *Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

HEILBORN, Maria Luiza. Entre as tramas da sexualidade brasileira. *Estudos Feministas*, vol.14, Florianópolis. Jan./Apr. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104026X2006000100004&script=sci_arttext. Acesso em 03 de junho de 2021

JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). *Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

LOURO, Guacira Lopes. A emergência do gênero. In: LOURO, Guacira Lopes *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*. 9 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007a.

MACRAE, Edward. Os respeitáveis militantes e as bichas loucas. In: *Stonewall 40+ o que no Brasil?* COLLING, Leandro (org.). Salvador: EDUFBA, 2011. 282p.

MEYER, Dagmar (et al.). *Saúde, sexualidade e gênero na educação de jovens*. Porto Alegre: Mediação, 2012.

PEREIRA, Verbena Laranjeira. Gênero: dilemas de um conceito. In: STREY, Marlene, CABEDA, Sônia T.L.; PREHN, Denise R. (orgs.) *Gênero e cultura: questões contemporâneas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n.2, jul./dez. 1995, p.71-99.

LEI 13.491/2017: SUA CONSTITUCIONALIDADE E EFEITOS

ENOCK OLIVEIRA DA SILVA:

Graduado em Bacharel em direito pelo centro universitário São Lucas- Afya. Cursando Pós graduação na Escola da Magistratura de Rondônia.

RESUMO: A lei 13.491/2017 trouxe importante alteração na competência da Justiça Militar, provocando bastante discussão sobre o tema. Tais discussões culminaram nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5804 e 5901 ainda em tramitações, surgindo diversos entendimentos sobre a matéria. O intuito deste artigo é apresentar brevemente a organização da justiça militar, discutir os efeitos do veto presidencial ao artigo 2º da lei em estudo, a ampliação dos crimes militares e alteração de competência em julgar os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares da União provocada pelas inovações trazidas no artigo 9º, inciso II e § 2º do Código Penal Militar, objetos das ADI's 5804 e 5901 respectivamente. Resultou no entendimento pela constitucionalidade do veto presidencial, a conveniência da ampliação dos crimes militares e a discricionariedade constitucional em definir quais são os crimes de competência da Justiça Militar da União.

Palavras-chave: Lei 13.491/2017. Constitucionalidade. Efeitos.

ABSTRAT: The law 13.491/ 2017 brought important changes in the jurisdiction of the Military Justice, causing much discussion on the subject. These discussions culminated in the Direct Unconstitutionality Actions 5804 and 5901 still pending, resulting in various understandings on the subject. The purpose of this article is to briefly introduce a military justice organization, to discuss the effects of the presidential veto on the article 2 of the law under study, an extension of military crimes, and a change in jurisdiction to prosecute intentional crimes against civilian life committed by Union military personnel, caused by the innovations brought in article 9, item II and § 2 of the Military Penal Code, objects of ADI 5804 and 5901, respectively. It resulted in the understanding by the constitutionality of the presidential veto, a convenience of the expansion of the military crimes and a constitutional discretion in the definition of which are the crimes of the Union Military Justice.

Keywords: Law 13.491/2017. Constitutionality. Effects.

1 INTRODUÇÃO

As Polícias Militares no Brasil têm passado por diversas mudanças, ampliando suas competências junto à sociedade na tentativa de apresentar-se como um verdadeiro instrumento de paz, a exemplo disso temos a implantação do termo circunstanciado operacional (TCO) e tantos outros programas que vem sendo desenvolvidos na atualidade.

Toda mudança traz discussões, a grande maioria por buscar a essência da teoria e o princípio da transversalidade, outros apenas por se sentirem pressionados a sair da zona de conforto ou até mesmo motivados pelo ego.

Com advento das olimpíadas no Brasil era imprescindível reduzir a violência, nesse intuito foram adotadas algumas medidas, por exemplo, o emprego das forças armadas na Garantia da Lei e da Ordem, principalmente na pacificação dos morros na cidade do Rio de Janeiro.

Diante desta necessidade de emprego das forças armadas no reestabelecimento da ordem pública e no intuito de proporcionar uma segurança institucional e jurídica para tal, foi proposto o Projeto Lei 5768 em 06 de julho de 2016, de autoria do deputado Esperidião Amin - PP/SC, vindo a tornar-se a lei 13.491 de 13 de outubro de 2017.

Importante frisar que em sua origem, o projeto de lei trazia previsão de temporariedade, tendo seu artigo 2º sido vetado, pela mensagem 402 de 13 de outubro de 2017 do então presidente da República o constitucionalista Michel Temer, ao presidente do Senado Federal, justificando o veto por contrariar o interesse público e a possibilidade de ser entendido como tribunal de exceção, até porque a lei foi sancionada após o evento olimpíadas.

A lei encontra-se em plena vigência e sofre 02 (dois) pedidos de ação de inconstitucionalidade, ADI 5804 e ADI 5901, fundamentando a necessidade de discussão sobre a matéria, seus efeitos e consequências nas forças armadas e principalmente em relação às policiais militares, uma vez que a Justiça Militar Estadual teve sua competência consideravelmente ampliada.

Para melhor compreensão do assunto é necessário abordarmos sobre a organização da Justiça Militar.

2 CONHECENDO A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR

Para melhor entendermos a Lei 13.491/2017 e as alterações no Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, é de extrema importância entender como esta estruturada a Justiça Militar, abordando seus conceitos e fundamentação legal, veremos brevemente sobre seus dois ramos, a Justiça Militar da União (JMU) e a Justiça Militar Estadual (JME), abordaremos também sobre a Polícia Militar Judiciária (PJM).

O artigo 123 da Constituição Federal traz a organização do Superior Tribunal Militar, órgão máximo da Justiça Militar, em seguida o artigo 124 traz a competência da Justiça Militar da União, conforme transcrição:

Art. 123 O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-

generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

[...]

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar. (BRASIL, 1988).

A Justiça Militar da União (JMU) é um ramo do poder judiciário especializado para julgar os crimes militares, estruturado em 1ª instâncias, representado pelos Conselhos de Justiça e 2ª instâncias pelo Tribunal Superior Militar (STM), sua competência dá-se em razão da matéria, sendo imprescindível a subsunção ao artigo 9º do CPM.

Os crimes militares como podemos observar são definidos Ratione Legis por determinação do texto constitucional na parte final do art. 124 CF "... crimes militares definidos em lei" (BRASIL, 1988).

Havendo subsunção as hipóteses do artigo 9º do diploma já mencionado e tratando-se da administração militar federal, a competência será exclusiva da Justiça Militar da União com jurisdição sobre militares e civis.

A Justiça Militar Estadual, com competência em razão da pessoa e da matéria, pois julga apenas os militares dos estados sua previsão constitucional no artigo 125 § 4º da constituição, assim descrito:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

[...]

§4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares ressalvadas a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir

sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (BRASIL, 1988)

É mister dizer que a Justiça Militar Estadual, não tem competência pra julgar pessoas civis, tal posicionamento é pacífico com a edição da súmula 53 do STJ que diz: "Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais." (BRASIL, 1992). Por essa restrição na competência da Justiça Militar Estadual é possível visualizar algumas situações embaraçosas.

O Oficial da Pm/SC Diego Schwarts (2010) descreve a situação hipotética de um civil cometer a conduta tipificada no Art. 172, do CPM: "*Usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito: Pena - detenção, até seis meses*" (BRASIL, 1969), *Se for uniforme da polícia militar responderia apenas por contravenção penal, devido incompetência absoluta.* No mesmo artigo o autor critica afirmando que além de incoerente, pois todas são instituições militares, vem desproteger a Administração Militar Estadual e indaga: Como poderia um fato ser considerado crime militar na justiça federal e crime comum na justiça estadual se os sujeitos passivos são todos instituições militares de grande importância para a defesa nacional? (ibid. pg.5). Validando seu posicionamento segue as decisões do STF:

Crime cometido por civil contra o patrimônio da Polícia Militar do Estado. Incompetência absoluta da Justiça Militar Estadual (CF, art. 125, § 4º). Princípio do juiz natural. Nulidade dos atos decisórios proferidos pela Justiça Militar do Estado. Pedido deferido. A Justiça Militar estadual não dispõe de competência penal para processar e julgar civil que tenha sido denunciado pela prática de crime contra a Polícia Militar do Estado. (STF, HC 70604/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, decisão: 10-5-1994, Em. de Jurisp., v. 1751-02, p. 341; DJ 1, de 1º-7-1994, p. 17497).

Qualquer tentativa de submeter os réus civis a procedimentos penais persecutórios perante órgãos da Justiça Militar Estadual representa, no contexto de nosso sistema jurídico, clara violação ao princípio constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). (STF, HC 70604/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, decisão: 10-5-1994, Em. de Jurisp., v. 1751-02, p. 341; DJ 1, de 1º-7-1994, p. 17497)

(STF- HC:70604 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/05/1994, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 01-07-1994 PP-17497 EMENT VOL-01751-02 PP-00341). (BRASIL, 1994)

Sua composição um pouco se difere da Justiça Militar da União, pois nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, “a primeira instância é formada pelos Juízes de Direito do Juízo Militar e os Conselhos de Justiça, os quais atuam nas auditorias militares; e a Segunda, pelos Tribunais de Justiça Militar” como bem explica a oficial Judiciária TJM/MG Maria Beatriz Andrade (2010, p.4), nos demais Estados a segunda instância é o próprio Tribunal de Justiça Estadual.

A Justiça Militar Estadual foi o grande alvo da alteração trazida pela lei em estudo, tendo sua competência em muito ampliada, principalmente pela hipótese da alínea “c” do inciso II do artigo 9º que diz “**por militar em serviço ou atuando em razão da função** [grifo nosso], em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil” (BRASIL, 1967).

Para o provimento jurisdicional na Justiça Militar, faz-se necessário um órgão auxiliar de caráter investigativo administrativo. Surgindo então a Polícia Judiciária Militar que abordaremos no próximo tópico.

2.1 POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

A Polícia Civil tem competência investigativa e junto com a Polícia Federal são as Polícias Judiciárias mais conhecidas, entretanto o artigo 144 § 4º estabelece a competência da polícia civil e faz uma exceção, bem como o § 5º do mesmo dispositivo, define a competência das polícias militares também com ressalva, vejamos:

Art.144 [...].

§ 4º Às policias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares [grifo nosso]. (BRASIL,1988).

Assim, para os crimes militares surge a competência da Justiça Militar e paralelamente a Polícia Judiciária Militar, com competência residual do parágrafo acima citado conforme grifo, com atribuições de investigar os crimes militares, na esfera estadual, desde que praticado pelos próprios militares, com descrição no Código de Processo Penal Militar.

Art. 8º - Compete à polícia judiciária militar: a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar e, sua autoria; b) prestar aos órgãos e juízes da justiça militar e aos membros do Ministério Público, as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como

realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas; c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela justiça militar; d) representar às autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado; e) cumprir as determinações da justiça militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste código, nesse sentido; f) solicitar as autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que estejam ao seu cargo; g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar; h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido.(BRASIL,1967).

O Código Penal Militar trazia no seu artigo 9º, a tipificação de crime militar como os previstos no referido código, dispositivo este que não sofreu alteração, no inciso II versava sobre “os crimes previstos neste código embora o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: [...]”, restringindo assim a competência apenas aos crimes tipificados no código ainda que também previsto no código penal. Com a Lei 13.491/2017, o artigo 9º inciso II, passou a ter a seguinte narração “*os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados [...]*”. Em seguida estabelece as hipóteses em suas alíneas. Estas hipóteses são condicionantes para a competência da justiça militar e não sofreram alterações pela referida lei.

Para o promotor Cícero Robson Coimbra Neves (2017) foi a mais relevante inovação legislativa sofrida pelo CPM, Todos os crimes praticados por policiais militares em serviço foram abarcados para a competência da Justiça Militar Estadual, com fundamento no artigo 9º inc II alínea “c”, “por militar em serviço ou atuando em razão da função [...], ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;” Desta maneira, gerando discussões quanto a sua estrutura, se diante dessa nova demanda, poderá atuar sem prejuízos a realização da justiça com celeridade, bem como a sua imparcialidade.

Tais preocupações serão abordadas nesse artigo amiúde no tópico sobre os efeitos da lei 13.491 na Justiça Militar Estadual.

Outra discussão tem seu fundamento na competência para presidir o inquérito, pois alguns delegados de carreira defendem a exclusividade desta atribuição em autuar

como autoridade policial, embora o artigo 144 § 4 da CF deixe explícito a exceção (citada acima neste tópico).

3 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A ampliação de competência trouxe um número exacerbado de processos que antes tramitavam na justiça comum. Por outro lado, sua especialidade traz uma segurança maior no alcance da realização da justiça e em tese, celeridade, pois o número de ocorrências envolvendo militares é ínfimo ao comparar com as ocorrências comuns apurados pela Coirmã, não sendo novidade o fato da polícia civil também ter suas limitações, principalmente relacionado ao baixo efetivo e a crescente violência gerando demanda à investigação.

O Código Penal Militar, bem como o Código Processual Penal Militar sofreram poucas alterações, mesmo com a chegada da Constituição de 1988. A mais importante discussão culminou na aprovação da lei 9299 de 1996. Nova alteração surge no cenário atual com a chegada da lei 13.491/2017, com isso a Justiça Militar ganha notoriedade nas discussões jurídicas como veremos a seguir.

3.1 A LEI 9.299/96

Essa lei foi criada durante a repercussão dos fatos conhecidos como “massacre do Eldorado dos Carajás” e os “assassinatos dos menores da Candelária” que foram amplamente divulgados na imprensa nacional. Sobre esse fenômeno, o acadêmico Ozeias Santos da Silva, bem explica em sua monografia:

O surgimento da lei 9299/96 em nosso ordenamento jurídico deu-se em um contexto histórico bastante conturbado, em que fatos envolvendo a atuação das polícias militares sofreram as mais severas críticas. Alguns exemplos dessas ações são: a invasão da Penitenciária do Carandiru, que gerou obras de ficção e documentários que, até os dias de hoje, impactam pela crueza e violência com que foram retratadas as cenas; O confronto agrário de Eldorado de Carajás, em que vítimas civis (agricultores do movimento dos sem-terra) foram atingidas por disparos de arma de fogo e muitas ficaram gravemente feridas e outras tantas mortas pela ação policial. Os crimes contra os da igreja da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro, apenas para ficar nestes exemplos mais notórios e de grande repercussão na mídia. (SILVA, 2007, p.8)

O objeto desta lei foi a discussão quanto a definição da competência da Polícia Judiciária Militar, principalmente em relação ao inquérito policial militar frente aos crimes

dolosos contra a vida de civil, ainda que praticados por militar, transferindo a competência de julgamento ao tribunal do júri e definindo a atribuição da investigação a PJM. Tal mudança retirou a competência da justiça militar nos crimes dolosos contra vida de civil sob as muitas alegações de corporativismo nas investigações.

Sobre o corporativismo nas investigações, o advogado Aury Lopes Jr é um tenaz crítico referente a ampliação da competência da justiça militar, seu posicionamento fica evidente em suas palavras ao afirma que trata-se de um retrocesso, pela estrutura e condições de investigar e que a ampliação vai contra a tendência de esvaziamento da justiça militar e coloca “sub judice” sua imparcialidade:

[...] Também cria o risco de efetivo corporativismo, especialmente em relação a crimes como abuso de autoridade e tortura, onde em geral existe uma percepção e valoração por parte dos militares que é completamente distinta da população civil acerca da gravidade e tipificação dessas condutas. Há o risco concreto de um entulhamento das Justiças militares para julgar crimes que não deveriam a ela ser afetos, inclusive com o agravante de que isso vai se operar de forma imediata.(LOPES JR, 2019, p.4).

Reforça as críticas em tom ávido, o doutor em Ciências Políticas Andrés Del Río em seu artigo “A quem serve a expansão da justiça militar?” em coautoria com a mestra em direito, **Juliana Cesário Alvim Gomes, vejamos seu posicionamento:**

A Justiça Militar é uma justiça corporativa, formada em sua imensa maioria por militares da ativa (sem formação jurídica e sujeitos à hierarquia e à disciplina castrenses) cujo trabalho consiste em aplicar legislação especial editada em 1969, no auge da ditadura civil-militar: o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar. (RÍO e GOMES, 2018, p.4-5).

A preocupação com “entulhamento” da Justiça Militar Estadual mencionado nas palavras de Aury Lopes JR, embora deva ser considerada, não se concretiza na prática, pois tal Justiça vem demonstrando eficiência e transparência, como podemos comprovar nas palavras do Juiz Militar/RS Fábio Duarte Fernandes:

A Justiça Militar do Estado (JME/RS) conquistou, pela terceira vez consecutiva, o Selo Ouro do CNJ. Instituído em 2013, o Selo premia os tribunais que fomentam uma justiça mais eficiente, rápida e transparente por meio do cumprimento das metas e resoluções nacionais. Essa é uma conquista da sociedade gaúcha

**e reflete a importância do trabalho realizado pela JMERS.
(FERNANDES, 2017, p.1).**

Quanto a imparcialidade nas investigações, considerando ser o inquérito policial militar uma peça importante na busca da verdade dos fatos e a realização da Justiça, o IPM como é conhecido é presidido por oficiais militares de carreira, com formação superior em segurança pública, além de bacharéis em direito (na maioria dos estados é requisito) realizando de forma célere e técnica.

Comuna com tal entendimento o número de oficiais militares serem maiores que o número de delegados, atrelado ao déficit nas contratações para o cargo em destaque, vejamos a matéria publicada pelo site g1.globo.com no dia 22 de outubro de 2017:

Um retrato preocupante da Polícia Civil brasileira. Com a violência se espalhando pelo país, o desafio no combate à criminalidade é cada vez maior. É preciso uma polícia presente e bem equipada, mas o quadro é bem diferente. Em muitos estados, falta delegado. Às vezes, falta até delegacia. Ou ela existe, mas está caindo aos pedaços. (GLOBO, 2017)

A fiscalização interna pelas corregedorias e externa realizada pelo ministério público são essenciais para sua credibilidade e transparência. Nesse pensamento, vale citar o entendimento do criminalista Jeffrey Chiquini e o Tenente PM/PR Rodolpho Mattos (2016) que afirmam que assim como a polícia civil é fiscalizada pelo Ministério Público, a polícia judiciária militar também é submissa, sendo exercido o controle externo de suas atividades pelo referido órgão, não se sustentando as alegações de corporativismo, citando ainda o artigo 37 da CF, onde a impessoalidade e a moralidade no serviço público estão previstos, devendo sua aplicação ser presumida. Finaliza seus argumentos com a seguinte narrativa: "seu desrespeito ou inaplicabilidade devem ser provados e não imaginados" (ibid., p.5).

A lei trouxe alterações em relação ao inquérito, prevendo no artigo 82 § 2º do Código de Processo Penal Militar (CPPM): "Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a justiça militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum". (BRASIL, 1969). Esta alteração foi objeto da ADI 1494 e esta novamente sendo discutida na ADI 5804 como veremos mais adiante.

Para o delegado William Garcês (2017, p.5) estas alterações foram feitas na intenção de "harmonizar a legislação pátria com diversos diplomas internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos". Interessante dizer que o diploma legal internacional citado acima, trata-se do Pacto San José da Costa Rica, o dispositivo utilizado como infringido é o artigo 8º que trata das Garantias judiciais:

Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Pacto San José da Costa Rica, 1969)

Sobre as afirmações de Aury Lopes Jr (ibid, p.4) de esvaziamento na Jurisdição Militar é salutar frisarmos o intuito da Justiça Militar, defender os princípios constitucionais da Hierarquia e Disciplina com celeridade e promover justiça tutelar, nesse sentido já se pronunciou o ministro-presidente do STM, José Coelho Ferreira, em discurso na celebração dos 210 anos da Justiça Militar da União, no dia 10 de abril de 2018,

[...] as especificidades que povoam a vida na caserna, os rígidos valores da cultura nos quartéis e o peculiar funcionamento das instituições militares exigem a existência de uma Justiça Especializada, “que atue com a velocidade necessária para evitar danos irreparáveis à hierarquia e à disciplina, princípios basilares constitucionais das Forças Armadas, que lhe cabe, também, fazendo justiça, tutelar” (AGENCIA DE NOTÍCIAS, 2018).

Diante da missão precípua da Justiça Militar, seu consequente esvaziamento deve ser entendido como benéfico, pois processos mais céleres produzem sentimento de promoção de justiça, afastando a temida impunidade e desencorajando outros a atentarem contra a administração militar. O Especialista em direito militar Rogério Nejar também se posiciona:

[...] Se os números de ações não aumentam consideravelmente em relações aos crimes militares, isso representa uma efetividade concreta da justiça especializada, uma vez que os seus tutelados vêm observando as pronúncias judiciais com caráter educativo e os membros das forças militares, especialmente estaduais, por consequência, demonstram um maior preparo para ações cotidianas. (NEJAR, 2017, p.1)

A lei 9299/96 ao transferir a competência dos crimes militares dolosos contra a vida para a justiça comum, (a mudança do termo “Justiça Comum” para Tribunal do Júri veio a “posteriori” com a EC/45 de 2004), acrescentando o parágrafo único do artigo 9º no CPM, muito criticada quanto sua constitucionalidade, pois o artigo 124 § 4º da CF não possuía ainda o adendo trazido pela EC 45/2004 “... ressalvada a competência do júri

quando a vítima for civil..." deixando evidente que os crimes militares são da jurisdição militar e não poderia ser alterada tal jurisdição por lei ordinária.

Vale destacar que o crime previsto no Código Penal em seu artigo 121 tem idêntica previsão no artigo 205 do Código Penal militar, sendo os crimes militares definidos pelo critério "Ratione Legis" e havendo a subsunção ao artigo 9º do mesmo diploma, temos crime militar.

Para o Juiz Civil do TJM/MG, Fernando Galvão (2017) "Não é juridicamente possível que a Justiça Comum julgue crimes militares, posto que tais crimes sejam de competência da Justiça Militar por expressa previsão constitucional." Nesse sentido tem-se o entendimento do STM no Recurso Criminal nº 6.348-5 PE

RECURSO CRIMINAL nº 6.348-5-PE RECURSO INONIMADO—
DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE "INCIDENTER
TANTUM" – "EXCEPTIO INCOMPETENTIAE" I – "Exceptio
incompetenti" da Justiça Militar da União, para processar e julgar
crime doloso contra a vida de civil, em face da Lei nº 9.299, de
07.08.96, oposta pelo MPM e rejeitada, sem discrepância de votos,
pelo Conselho Permanente de Justiça, para o Exército. II – Em
decorrência de rejeição da exceção oposta, o Parquet Militar interpôs
Recurso inominado. III – Declarada, incidentalmente, pelo Tribunal, a
inconstitucionalidade da Lei nº 9.299, de 07.08.96, no que se refere
ao parágrafo único do art. 9º do CPM e ao caput do art. 82 e seu § 2º
do CPPM, na forma do art. 97, da Constituição Federal, do art. 6º, III,
da Lei nº 8.457/92 e dos arts. 4º, III e 65, § 2º, I, do RISTM. IV – Recurso
Ministerial improvido. V – Decisão uniforme. Em razão do acima
exposto, é indiscutível que os fatos que deram origem ao Auto de
Prisão em flagrante configuram crime de natureza militar, segundo a
definição de crime militar constante do art. 9º do CPM. Obviamente,
também inquestionável que seu processo e julgamento é da
competência da Justiça Militar Federal. Por todo exposto, requer o
MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, seja provido o presente recurso e
reformada a decisão ora recorrida, no sentido de reconhecer a
competência da Justiça Militar Federal. (BRASIL, 2005)

Esta crítica referente à transferência da competência da justiça militar para a justiça comum não foi óbice para a entrada da lei em vigor. O objeto discutido na ADI 1494 foi outro como veremos a seguir.

3.2 ADI 1494

A lei 9299/96 como já narrado, não alterou somente o código penal militar, Incluiu também ao artigo 82 do CPPM o parágrafo 2º com a seguinte narração: “Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a justiça militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum” (BRASIL, 1969).

Embora tenha retirado os crimes dolosos contra a vida de civil da competência da Justiça Militar, determinou que a Polícia Judiciária Militar realize as investigações e ao fim encaminhe o Inquérito Policial Militar para a justiça comum, causando indignação na Associação dos delegados do Brasil (ADEPOL), resultando na referida ADI. O questionamento de inconstitucionalidade foi fundamentado na alegação de contrariar o disposto no artigo 144 § 1º inciso IV e § 4º da cf, tal dispositivo trata da competência da polícia federal e da polícia civil como polícias judiciárias.

A ação Direta de Inconstitucionalidade teve como relator o ministro Celso de Mello que proferiu voto a favor do pedido com concessão de liminar para suspender a eficácia da lei, em sua fundamentação arguiu que “ninguém, absolutamente ninguém- inclusive a polícia militar – esta acima da lei” (BRASIL, 1997, p.111) restando bem claro seu entendimento que a Justiça Militar Estadual estivesse sendo corporativista, defende ainda o retorno das práticas da súmula 297 do STF de 1963. Súmula esta superada em 1977, que trazia em seu bojo:

OFICIAIS E PRAÇAS DAS MILÍCIAS DOS ESTADOS, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLICIAL CIVIL, NÃO SÃO CONSIDERADOS MILITARES PARA EFEITOS PENAIIS, SENDO COMPETENTE A JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR OS CRIMES COMETIDOS POR OU CONTRA ELES. (BRASIL, 1963)

Os ministros Maurício Correa, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence acompanharam os votos do relator. O ministro Marco Aurélio discordou do relator e de maneira muito sábia fundamentou:

Atravessamos uma quadra muito infeliz no tocante a Polícia Militar, em fatos inimagináveis vieram a público, escandalizando a mais não poder, a sociedade. Todavia, não podemos deixar de reconhecer que a segurança, em si, também é proporcionada, a essa mesma sociedade, pela polícia militar; não podemos olvidar o princípio da razoabilidade, sempre a conduzir à presunção não do extraordinário, não do excepcional, não de posições tendenciosas, mas aquelas de padrão médio, o padrão do homem médio. Não coloco, de forma alguma, sob suspeição a atuação da polícia militar. (BRASIL, 1997, p.125)

O Ministro ainda citou a fiscalização do Ministério Público junto à Polícia Judiciária Militar e a impossibilidade de arquivamento pela autoridade policial como garantidores de não haver os prejuízos temidos pelos demais ministros.

O ministro Carlos Velloso ao pedir Vênia ao presidente e indeferir o pedido, em sua fundamentação escreveu uma aula sobre Direito Penal Militar, citou os artigos e a lei em questão e foi incisivo ao afirmar “Posta a questão em tais termos, força é concluir que a Polícia Civil não pode instaurar, no caso, inquérito. O inquérito correrá por conta da Polícia Judiciária Militar, mediante inquérito policial militar.” (BRASIL,1997, p.129)

O Tribunal decidiu por maioria de votos o indeferimento da cautelar em 09 de abril de 1997. Na conclusão do julgamento em 17 de agosto de 2001, o plenário do STF decidiu pela ilegitimidade da ADEPOL para agir em fiscalização concentrada de constitucionalidade não podendo dar prosseguimento a referida ação, dando por extinta a ação sem resolução de mérito.

4 O VETO PRESIDENCIAL AO ARTIGO 2º DA LEI 13.491/2017

A lei 13.491/2017 trazia no seu artigo 2º vigência até 31 de dezembro de 2016, sendo uma lei temporária. Entretanto foi enviada para sanção após sua validade, perdendo o efeito. O Presidente da República viu-se obrigado a revogar tal dispositivo para torna-la aplicável, criando assim o que o delegado William Garcês chamou de “inconstitucionalidade formal subjetiva invertida”.

[...] embora o projeto de lei não tenha sido apresentado por autoridade incompetente, o veto presidencial parcial acarreta mudança substancial no projeto, desestruturando, burlando ou distorcendo a vontade originária do Poder Legislativo. O veto parcial, neste caso, é tão grave que acarreta mudança no sentido da Lei e na vontade do legislador. (GARCÊS, 2018, p.6)

A função da lei 13.491 de 2017 era vigorar no período de olimpíadas motivado pelo uso das forças armadas na atividade de garantia da lei e da ordem (GLO), conforme as palavras do autor do projeto, deputado Federal Esperidião Amin,

A ideia é atribuir esse foro de julgamento para aqueles que trabalharão na segurança das Olimpíadas. A matéria, aprovada na forma do substitutivo da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, será votada ainda pelo Senado. (AGÊNCIA CAMARA NOTÍCIAS, 2016)

Entretanto a morosidade em sua tramitação a levou a apreciação do chefe do executivo após os eventos que a deram origem. Há de se relatar que o projeto nº 5768 de 06 de julho de 2016, proposto pelo deputado Federal Esperidião Amin, não tinha essa

previsão trazida pelo artigo 2º, sendo incluído pela emenda de autoria do relator deputado Júlio Lopes, incluindo a data de 31 de dezembro de 2016 como data fim de sua validade.

No senado, o projeto nº 5768/2016 passou a ser o projeto nº 44, quando a senadora Vanessa Grazziotin apresentou emenda no intuito de prorrogar o prazo de vigência da referida lei para 31 de dezembro de 2017, em sua justificativa disse:

A presente emenda visa retomar a intenção original do autor do projeto em estabelecer um período razoável de vigência para os efeitos da nova Lei. A atualização da data se faz necessário considerando que o tempo de tramitação da matéria extrapolou a expectativa original.

[...]

A mudança no artigo 2º prevendo a data de vigência para até 31 de dezembro de 2017 é pertinente também, por coincidir com a data prevista no Decreto de 28 de julho de 2017, assinado pelo Presidente da República. (BRASIL, 2016)

A proposta de emenda da senadora Grazziotin não foi aprovada, entretanto a preocupação do Senado Federal diante do artigo 2º da norma resta evidenciada no parecer 76 do senador Pedro Chaves, assim propôs o então relator:

O PLC prevê a vigência da Lei até o dia 31 de dezembro de 2016 e, após essa data, a reconstituição da legislação por ela modificada. Ora, a data a que o projeto faz referência já foi ultrapassada. Ademais, as situações que excepcionam a competência do júri são recorrentes, o que justifica a existência de uma norma perene.

Além disso, conferir competência à Justiça Militar da União apenas para julgamento de determinados fatos passados pode ser entendido como a criação de um verdadeiro tribunal de exceção, o que é vedado pela CF. (BRASIL, 2017, p. 23-26).

O texto foi aprovado sem esta proposta de emenda. O Sócio especial da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, André Abreu de Oliveira (2017) defende que a recusa ocorreu “tão somente para se evitar que o projeto tivesse que retornar à Câmara dos Deputados” e afirma que “O supracitado acordo incluía ainda o compromisso assumido pelo parlamentar líder do Governo de se conseguir o veto presidencial ao dispositivo que previa a vigência temporária no projeto de lei” (ibid, p.4). Sobre tal manobra, o delegado Henrique Hoffmann escreveu:

Entretanto, em razão de ajuste político, foi combinado o veto ao dispositivo para abolir o caráter transitório da norma e torná-la permanente, afastando a competência do Tribunal do Júri em relação aos membros das Forças Armadas. Ou seja, o que o Presidente da

República fez foi desnaturar a Lei e usurpar competência legislativa.
(HOFFMAN, 2017, p.2)

É salutar que embora haja críticas defendendo a inconstitucionalidade formal da lei, não foi impetrada nenhuma ADI sobre essa vertente, Entretanto é possível encontrar artigos questionando tal matéria como podemos citar as palavras de André Abreu de Oliveira (2017, p.4), "Ocorre que, com essa manobra da Casa Revisora, feriu-se manifestamente o disposto na Constituição Federal, eivando de vício formal o processo legislativo que originou a Lei n.º 13.491/2017".

Ainda na visão do professor mestre em segurança pública, tal manobra atingiu norma constitucional por desfigurar o caráter temporário da lei, afirmando que "Essa decisão, alterando o caráter da lei, nitidamente não competia ao Poder Executivo, que acabou por legislar; mas, sim, ao Poder Legislativo" (ibid, p.5).

Coaduna com este pensamento o Juiz de direito Rodrigo Foureaux (2017, p.54) ao afirmar que "Assim, em uma interpretação teleológica, aquela que visa a finalidade da norma, tem-se que o veto do Presidente da República alterou o principal objetivo da norma, pois tornou permanente o que era para ser temporário."

Para o Juiz Federal da JMU, Rodolfo R.T. Menezes (2018, p.1) "A inovação foi inteligente e perene, pois permitirá a inclusão automática de criminalização de condutas da legislação penal comum". No entendimento do magistrado tal alteração no conceito de crime militar é "necessária diante da defasagem existente no ordenamento jurídico". (ibid, p.2).

Superado a posição de alguns doutrinadores referente a inconstitucionalidade formal subjetiva, considerando que a discussão ficou restrita a doutrina, uma vez que não foi objeto de ADI, analisaremos as ações de inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal, tendo como proponente a Associação do Delegados do Brasil (ADEPOL).

4.2 ADI 5804

Na presente ação a ADEPOL pede pela declaração de inconstitucionalidade total da lei 13.491/2017 e da lei 9299/1996 analisada anteriormente e objeto da ADI 1496 proposta pela mesma entidade.

Em sua petição inicial, cita o entendimento jurisprudencial do STF que "a declaração de inconstitucionalidade restrita a artigos que compõem sistema normativo acarretaria a permanência, no texto legal, de dicção indefinida e assistemática" (2019, p.13). O pedido fundamenta-se na contrariedade do artigo 9º inciso II e o parágrafo 1º, o inciso II ao ampliar a competência da jurisdição militar com a alteração do termo:

“II - os crimes previstos neste Código, **embora também o sejam com igual definição na lei penal comum**, quando praticados: [...]” (grifo nosso)

Para o termo:

“II - os crimes previstos neste Código **e os previstos na legislação penal**, quando praticados: [...]” (grifo nosso)

E o parágrafo único trazia a seguinte redação:

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (BRASIL, 1967)

Referido parágrafo sofreu maiores alterações, sendo alterado para a seguinte redação: “§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.” Houve ainda a inserção do parágrafo §2º, objeto da ADI 5901 a qual será estudada no próximo tópico.

A impugnação em relação à lei 9296/1996, trata-se da alteração trazida pela norma ao art. 82, § 2º do CPPM, no entendimento da entidade por violar ao art. 144, §1º, IV, e § 4º, da Constituição, dispositivo que dispõe da competência das polícias judiciárias frente às infrações penais. Segundo Aury Lopes Jr (2019, p.4), além de ser um “gravíssimo retrocesso” a ampliação de competência, também é violação de princípio constitucional. O referido doutor em direito processual penal vai além:

Noutra dimensão, os tribunais militares tampouco se justificam em tempo de paz, devendo ter sua atuação realmente limitada aos crimes militares, quando praticados por militares e diante de um real e peculiar interesse militar. Do contrário, é violação do juiz natural. (LOPES JR, 2019, p.3)

Sobre o posicionamento acima, vale repetir que a Justiça Militar esta prevista na Constituição Federal e as situações que a envolvem por vezes passa despercebidas por aqueles que não tiveram inseridos no meio. Defender sua extinção coloca em risco os fundamentos da República, uma vez que sua segurança esta nas mãos dos militares e os pilares que os regulam são a Hierarquia e a Disciplina. Estes princípios são os bens jurídicos mais importantes para a Justiça Militar, uma vez que sem eles não se pode garantir o Estado Democrático de Direito.

Para o promotor de justiça/MG Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2018, p.331), “o policial civil e o policial militar que incorrerem em um mesmo crime previsto em lei penal extravagante serão processados e julgados por jurisdições diferentes, o que gera absurda discriminação”, e assim finaliza seu posicionamento, “Inaugura-se, assim, tratamento desigual para situações iguais, desvirtuando o próprio conceito de justiça em qualquer de suas acepções (...)”.

O delegado Henrique Hoffmann (2019, p.4) afirma que a lei ao ampliar o conceito de crime militar, fez surgir forçada interpretação de que crimes de jurisdição comum quando praticados por policiais militares no exercício da função, passam a competência militar, surgindo aí sua “inconstitucionalidade e Inconvencionalidade”.

A inconstitucionalidade defendida pelo autor esta em análise pelo STF, quanto a Inconvencionalidade alegada, aderimos ao pensamento dos autores que divergem, entendendo que trouxe a possibilidade de absolver as alterações trazidas pela legislação comum e trazer uma resposta rápida a nossa sociedade, preservando as bases militares e proporcionando os elementos necessários ao judiciário para expurgarmos as más condutas do seio da tropa.

Em relação ao tratamento desigual para situações iguais (RIBEIRO, 2018, p.331) devemos frisar que policiais militares e policiais civis em muito diferem em suas competências, tanto quanto em suas formações, sendo necessária tal desigualdade para alcançar a igualdade defendida por Aristóteles.

A ADI 5804 esta em trâmite, tendo o posicionamento da então Procuradora da República Raquel Dodge, em seu parecer N.º 78/2018 – SDHDC/PGR sobre a matéria:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 13.491/17. ALTERAÇÃO DO ART. 9º, II, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR, PARA ABARCAR CRIMES SEM RELAÇÃO COM BENS JURÍDICOS MILITARES. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. LIMITE IMPLÍCITO À MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR NA PREVISÃO DE CRIMES MILITARES. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DA IGUALDADE. OFENSA À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL QUE RESTRINGE A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR A CASOS ENVOLVENDO A PROTEÇÃO A BENS JURÍDICOS CASTRENSES. LEI N. 9.299/96. INCLUSÃO DO §2º NO ART. 8º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. PREVISÃO DO ENCAMINHAMENTO DO INQUÉRITO PENAL MILITAR À JUSTIÇA COMUM, NOS CASOS DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL, DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. ESPAÇO A INTERPRETAÇÃO

QUE PERMITE A TRAMITAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR EM HIPÓTESE EM QUE O CRIME NÃO ESTÁ SUJEITO À JURISDIÇÃO CASTRENSE. ART. 144, §§ 1º E 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS. CORRELAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS APURATÓRIO E JULGADOR. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (BRASIL, 2018)

Em seu parecer, a ex Procuradora Geral da República faz questão de enfatizar a qualidade da ADEPOL em propor o controle de constitucionalidade concentrada, uma vez que, como foi visto na ADI 1496, o entendimento era outro.

A procuradoria de Direitos Humanos cita em seu parecer nº 116/2018 - SDHDC/PGR, que os crimes previstos na legislação extravagante eram da competência da Justiça Comum, definindo bem seu entendimento sobre a competência da Justiça Militar, ao afirmar que “[...] restava minimamente dentro da lógica de sua criação, que é de julgar crimes que efetivamente representem violação dos deveres militares que afetem diretamente os bens jurídicos militares.” (BRASIL, 2018).

A Advocacia Geral da União em manifestação sobre a ADI 5804 (2017, p.10-16) contestou sob os fundamentos de que a lei 13.491/2017 não alterou a competência do tribunal do júri em relação aos militares estaduais, a lei 9296/96 que trouxe a previsão do Inquérito Policial Militar para apurar os crimes dolosos contra a vida, se justificando por haver na constituição a previsão do tribunal do júri nos crimes dolosos contra a vida e não mencionar a competência da justiça comum em casos de desclassificação.

Diante desse argumento, podemos observar que nos deparamos com uma transferência de competência nos casos de crimes dolosos contra a vida, entretanto não se deslumbra descaracterização da natureza militar do delito, assim o instrumento administrativo adequado para apuração é o Inquérito policial militar.

A AGU em sua manifestação concluiu que as alterações “viabilizam uma tutela mais adequada dos elementos que configuram a identidade institucional das forças militares” e reiterou que “Nenhuma dessas alegações, [ADEPOL], porém, subsiste a um exame mais criterioso de plausibilidade.”(ibid, p.7).

Entre os defensores da constitucionalidade e conveniência da lei 13.491/2017, destaca-se o magistrado da Justiça Militar/SP, Ronaldo João Roth

O lamentável olvidamento de modernização do Direito Penal e Processual Penal Castrense - consubstanciados no CPM e no CPPM - em flagrante contraste à constante atualização da legislação penal

comum caracterizou, durante décadas, o que denominamos “cochilo do legislador”, que agora é corrigido, parcialmente, pela Lei 13.491/17. (ROTH, 2018, p.6).

Após sua crítica ao “cochilo do legislador” (ibid, p.6), o magistrado comemora a ampliação como medida que irá proporcionar uma justiça mais atuante, atualizada, frisa sua constitucionalidade e afirma, “[...] deve ser recebida com aplausos pela comunidade jurídica militar [...]” (ibid, p.18).

Como já mencionado esta ADI está em trâmite, assim como a ADI 5901 que trataremos a seguir.

4.2.1 ADI 5901 E A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 9º, §2º.

Outro ponto fortemente criticado em relação à constitucionalidade da lei, seria referente a alteração trazida no art. 9 § 2º do CPM, trazendo para a competência da Justiça Militar da União os crimes dolosos contra a vida de civil, desde que enquadrados nas situações descritas nos seus incisos. Por este entendimento o Partido Socialismo e Liberdade ingressaram com a ADI 5901 discutindo tal matéria.

Embora evidente a previsão constitucional da Justiça Militar da União para a Procuradoria Geral da União (2018, p.9), em sua manifestação sobre o assunto disse que a alteração trazida pela lei contraria preceitos constitucionais e encontra-se em desacordo com tratados dos quais o Brasil é signatário.

No entendimento internacional apenas os crimes que firmam os princípios constitucionais militares da Hierarquia e Disciplina devem ser titulados militares, a ampliação iria de encontro com o artigo 8º do Pacto São José da Costa Rica, como já vimos na ADI 1494.

Segundo o delegado Willian Garcês (2017, p.5) aparece em tela o Direito Internacional, sendo que o ordenamento jurídico deve primar pela unidade e consonância, ferindo o princípio da Conveniência, pois em tempos de valorização e proteção aos Direitos Humanos, seria um retrocesso ampliar a competência da Justiça Militar, principalmente em relação aos delitos que o bem jurídico tutelado seja a vida.

Para Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão DEBORAH DUPRAT (2017, p.6) “está na contramão da disciplina constitucional e na jurisprudência que se desenvolveu a respeito do tema”, entende ser violação de tratados internacionais e estar em desacordo com a jurisprudência. Nesse diapasão, o Promotor de Justiça Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, assim descreve:

Todavia, a reboque e sem qualquer discussão da matéria no âmbito legislativo, a novel lei ampliou, também, a competência da justiça militar dos estados em vista do aumento exponencial do número de crimes de natureza militar, em violação material e formal a dispositivos constitucionais e convencionais de proteção de direitos humanos, sem prejuízo da própria violação dogmática à própria teoria do bem jurídico, que orienta a confecção e hermenêutica dos tipos penais. (RIBEIRO, 2017, p.7)

Como vimos não faltam argumentos para críticas. Entretanto, tratando-se de uma justiça especial, o entendimento deve pautar-se por suas peculiaridades, a preservação da Hierarquia e Disciplina, na busca da garantia da lei e da ordem, os militares federais são nossa última barreira entre a ordem e o caos.

Sobre a transferência de competência do tribunal do júri para a justiça militar nos casos das forças armadas atuando na Garantia da Lei e da Ordem (GLO), O Juiz de direito/GO Rodrigo Foureaux, argumenta as diversas situações de emprego das forças armadas para garantia da lei e da ordem e defende:

[...] a única matéria que pode ser aventada como não discutida amplamente entre os parlamentares foi a inserção do art. 2º, que limitava a vigência da lei e contrariava a própria justificativa do projeto inicial (PL 5.768/2016) (FOUREAUX, 2017, p.57).

No entendimento do magistrado a matéria já havia sido bem discutida pelo legislativo em relação ao aspecto de ampliar o conceito de crime militar e sobre a competência de julgar os crimes dolosos contra a vida de civil, fundamenta-se tal posicionamento ao citarmos a ADI 1494/1996, nos remetendo a conclusão que a discussão se estende desde a data da referida ação de inconstitucionalidade.

5 OS EFEITOS DA LEI 13.291/2017

A especialização da Justiça Militar, conhecedora das legislações próprias e o contexto de atuação dos seus subordinados, mesmo rigorosa, traz o sentimento de segurança jurídica aos militares. Os constantes empregos das Forças Armadas em operações de Garantia da Ordem impõe a necessidade que suas ações sejam apreciadas com entendimento que o bem jurídico tutelado não é visto como na justiça comum, a cada infração do dever é uma ofensa aos seus pilares constitucionais do artigo 42, "os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (BRASIL, 1988).

Entretanto com a alteração do artigo 9º do CPM, ampliando a competência da justiça militar esta trouxe efeitos na própria justiça, na doutrina e na caserna.

5.1 OS EFEITOS DA LEI 13.291/2017 NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Muitos doutrinadores entendem que a constituição não fez ressalvas a competência da JMU, sendo inconstitucional qualquer dispositivo que retire um crime com previsão no CPM em se havendo subsunção ao artigo 9º, a solução para que crimes dolosos contra a vida possam ser processados pelo tribunal do júri seria a instalação deste instituto na JMU.

Contrário a esse entendimento, o delegado Luiz Eduardo Santos Cabette (2017, p.50) assim se posiciona: “Se pretendesse sua criação [Tribunal do Júri no âmbito Militar], o constituinte derivado o faria expressamente, jamais procedendo a simples alusão do júri, na clara intenção de excepcionar e afastar a Justiça Militar”. Tal hipótese o delegado aposentado define como “(...) espectro fantasmagórico jurídico inventado ad hoc e a posteriori em atividade tipicamente corporativista.”(ibid, p.50).

Analisaremos o entendimento do Superior Tribunal Militar no acórdão referente Recurso em Sentido Estrito n. 144-54.2014.7.01.0101/RJ, segue a decisão:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 144-54.2014.7.01.0101/RJ

RELATOR: Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA.

RECORRENTE: O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR.

RECORRIDA: A Decisão da MMª. Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 06/04/2015, que rejeitou a arguição ministerial de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar os fatos apurados nos autos do IPM nº 144-54.2014.7.01.0101, do qual foi encarregado o CF FN CARLOS ALEXANDRE TUNALA DA SILVA.

ADVOGADOS: Dr. Geraldo Kautzner Marques, Defensor Dativo, e Defensoria Pública da União.

DECISÃO: Prosseguindo no julgamento interrompido na 24ª Sessão, em 14/4/2016, após o retorno de vista do Ministro JOSÉ BARROSO FILHO, o Tribunal, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao Recurso, mantendo na íntegra a Decisão de primeira instância, que rejeitou a arguição ministerial de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar os fatos apurados nos autos do IPM nº 144-54.2014.7.01.0101. O Ministro JOSÉ BARROSO

FILHO, em seu voto de vista, determinava, ainda, se fosse o caso, que os militares indiciados fossem submetidos ao procedimento do Tribunal do Júri, "ex vi" do rito previsto nos arts. 406 a 497 do Código de Processo Penal comum, c/c o art. 3º, alínea a, do Código de Processo Penal Militar, a ser instituído no âmbito da Justiça Militar da União, por força do disposto no art. 5º, inc. XXXVIII, c/c o art. 124, ambos da Constituição Federal de 1988. Os Ministros MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e ODILSON SAMPAIO BENZI acompanhavam o voto de vista do Ministro JOSÉ BARROSO FILHO. O Ministro JOSÉ BARROSO FILHO fará declaração de voto (Sessão de 9/6/2016).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DECISÃO QUE REJEITOU A ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO MPM. HOMICÍDIO DOLOSO DE CIVIL PRATICADO POR MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPROCEDENTE. EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO). ATIVIDADE DE NATUREZA MILITAR. LEI COMPLEMENTAR N° 97/1999 E 136/2010. ARTIGO 124 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A competência do júri quando a vítima for civil faz referência às justiça militares dos estados, e não à justiça militar da União. 2. A Lei Complementar nº 97/1999, alterada pela Lei Complementar nº 136/2010, modificou a "organização, preparo e emprego" das FFAA, estendendo o caráter de atividade militar para fins de aplicação do art. 124 da Constituição Federal, que trata da competência da Justiça Militar da União, considerando crime militar os possíveis delitos ocorridos no cumprimento de atividades subsidiárias. 3. Para o emprego das Forças Armadas em GLO é indispensável a garantia, a seus membros, da competência constitucional da Justiça Militar da União, por ser especializada e com conhecimento específico que lhe é princípios basilares das Forças Armadas. 4. Recurso desprovido. Decisão unânime. (BRASIL,2016)

Como vimos, o entendimento do Superior Tribunal Militar é ser expressa a definição constitucional que os crimes dolosos contra a vida de civis praticados pelos militares estaduais, sejam julgados pelo Tribunal do Júri. Qualquer alteração que não fosse por emenda constitucional a contrariaria. Por outro lado, entende ser absoluta a

competência da JMU em relação aos crimes militares, por não haver exceção trazida no texto.

Esse é o entendimento do Juiz Rodolfo R.T. Menezes (2018, p.11), "Por ser em razão da matéria, a competência da JMU é absoluta, logo, o seu desrespeito gera nulidade também absoluta, insuperável, por não ser possível sua modificação ou prorrogação".

A lei 13.491/2017 ao inserir o parágrafo 2º ao artigo 9º do CPM tentou pacificar os entendimentos dos tribunais e nas palavras do promotor Cícero Robson Coimbra (2018, p.63), "Inequivocamente, a Lei n. 13.491/17 – apesar de todos os ataques que vem sofrendo – importou em uma ampliação das hipóteses típicas nos crimes militares, o que leva a uma maior possibilidade de atuação dos atores do Direito Penal Militar".

Talvez essa seja a maior contribuição da lei 13.491/2017. A alteração do artigo 9º, inciso II ampliando o conceito de crimes militares e possibilitando a uma legislação estagnada, sem interesse dos legisladores em atualiza-la para atender as recentes demandas, a possibilidade de interagir com a legislação comum, mantendo suas características sem deixa-la mumificada.

5.2 OS EFEITOS DA LEI 13.291/2017 NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Para os militares dos Estados, a grande demanda na polícia civil por vezes não possibilitava uma investigação mais adequada, perdendo provas e detalhes que causavam prejuízos ao processo, beneficiando aqueles que realmente eram culpados, levando-os a absolvição, muitas vezes por falta de provas e de certo modo, penalizando os inocentes devido à morosidade no processo, materializando-se em despesas judiciais e desgastes psicológicos.

Evidente que a demanda na Justiça Militar Estadual é menor, podendo proporcionar celeridade no processo e qualificação, cumprindo seu papel fundamental de interesse público e promoção da justiça, proporcionando uma melhora na justiça comum e o bem estar dos militares que no estrito cumprimento do seu dever tiverem suas ações levadas ao crivo competente de exame de legalidade e proporcionalidade.

Diferente desta concepção, Aury Lopes Jr (2017, p.4) prevê uma imensa demanda nas Justiças Militares e conseqüente morosidade que incutirá sentimento de impunidade, finalizando com duras críticas, em suas palavras "essa ampliação da competência representa um retrocesso, além de desnecessária e completamente inadequada para o nível de evolução democrática que se atingiu (ou se imaginou ter atingido...)".

Na caserna o palpável é a busca incessante pelo melhor serviço a ser prestado, o cumprimento rigoroso das missões designadas, ainda que a segurança pública tenha dificuldades e decorra aumento dos desafios a serem transpostos, sem lamúria, observa-

se a certeza que a democracia só pode ser desfrutada através dos bons serviços prestados por nossos militares.

6 CONCLUSÃO

Tal pesquisa tem por objetivo analisar os aspectos formais e materiais da lei 13.491/2017, bem como suas consequências para as Forças Armadas e principalmente as Forças Auxiliares. Seus benefícios aos órgãos judiciários e a população, pois o interesse público deve ser sempre objeto de análise.

Seu desenvolvimento decorreu de pesquisa bibliográfica no arcabouço jurídico, posicionamentos doutrinários, agência de notícias do Senado Federal, sites de organizações militares, acesso a conteúdo da rede mundial de computadores e livros sobre o assunto.

Conclui-se que com advento da lei 13.491/2017, embora não haja uma substituição significativa de palavras, houve uma ampliação significativa em leis que poderão incorrer em subsunção ao artigo 9º do CPM.

Os crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas em cumprimento de missões oficiais, sendo de competência da justiça militar trouxe uma justiça qualificada conhecedora da realidade da missão e com interesse em preservar a Hierarquia e Disciplina, princípios constitucionais basilares das instituições militares, não sendo motivada por pressões e sim por isenção e fundamentação na legislação castrense.

Embora ainda em trâmite as ações de inconstitucionalidade, os resultados já alcançados pelas Justiças Militares Estaduais e Federais e as discussões doutrinarias remetem para sua eficácia em definitivo, sendo comemorado por aqueles que conhecem suas especificidades e submetem-se a sua competência.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

_____. Câmara dos deputados. Diário da câmara dos deputados. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020160707001120000.PDF>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

_____. Diário do senado federal nº 144, 11 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/09/2003&paginaDir eta=26691>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

_____. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o decreto-lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código penal militar. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm#art1>.
Acesso em: 10 de julho de 2019.

_____. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o decreto-lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código penal militar. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm#art1>.
Acesso em: 27 de janeiro de 2019

_____. Mensagem Nº 402, de 13 de outubro de 2017. Legislação Informatizada - Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017 – Veto. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13491-13-outubro-2017-785566-veto153950-pl.html>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-geral da república. **Parecer** N.º 116/2018 – SDHDC/PGR Sistema Único nº 218756/2018. Brasília. 21 ago 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315138716&ext=.pdf>>.
Acesso em: 4 fev. 2019.

_____. Senado Federal. **Diário [do] Senado Federal**. Brasília, DF, n. 151, 11 out. 2017. Parte 1, p. 48-68.

_____. Superior Tribunal Militar. Presidente do STM defende a importância da Justiça Militar e garante que a instituição está pronta para os desafios dos novos tempos. Agencia de Notícias. Brasília, 10 de abr. de 2018. Disponível em:
<<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/8385-presidente-do-stm-defende-a-importancia-da-justica-militar-da-uniao-e-garante-que-a-instituicao-esta-pronta-para-os-desafios-que-os-novos-tempos-trazem>>. Acesso em: 03 out 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 1494**. Livraria do Supremo. Brasília, 09 de abr. de 1997. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347091>>. Acesso em: 10 maio 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes militares praticados contra civil - competência de acordo com a Lei 13.491/17. Disponível em:
<<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/38>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. A Justiça Militar Estadual: estrutura, competência e fundamentos de existência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n.

2651, 4 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17546>>. Acesso em: 21 out. 2019.

CHIQUINI, Jeffrey. Rodolpho, Mattos. ATRIBUICAO DA POLICIA MILITAR PARA INVESTIGAR CRIMES COMUNS. **REVISTA EMPÓRIO DO DIREITO**, ISSN: 2446-7405, São Paulo, ano 2016. Disponível em <<https://emporiododireito.com.br/leitura/atribuicao-da-policia-militar-para-investigar-crimes-comuns>>. Acesso em: 21 out. 2019.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. 22 de nov. 1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 03 out 2019.

FERNANDES, Fábio Duarte. A eficiência da Justiça Militar Estadual. Disponível em: <<https://www.tjmrs.jus.br/noticia/a-eficiencia-da-justica-militar-estadual>>. Acesso em: 03 out 2019.

Foureaux, Rodrigo. A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar. Disponível em <<https://observatorio.tjmmg.jus.br>>. Acesso em 19 de Abril de 2019.

GARCEZ, William. Considerações sobre a Lei 13.491/2017 (Competência da Justiça Militar). Disponível em <<https://jus.com.br/artigos>>. Acesso em 20 de Abril de 2019.

GLOBO. Brasil enfrenta falta de delegados e tem delegacias caindo aos pedaços. Rio de Janeiro, 22 de out. de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/10/brasil-enfrenta-falta-de-delegados-e-tem-delegacias-caindo-aos-pedacos.html>>. Acesso em: 03 out 2019.

GRANDO, Bianca Cristina. A Lei 13.491 de 13 de outubro de 2017 e a sua relação com as Operações de Garantia da Lei e da Ordem. Disponível <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br>>. Acesso em 25 de Abril de 2019.

MENEZES, Rodolfo R T. A constitucionalidade da Lei 13.491/17. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5862, 20 jul. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68878>>. Acesso em: 13 out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Revista Institucional. PGR defende inconstitucionalidade de dispositivo de lei que ampliou competência da Justiça Militar. 2018- Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr>>. Acesso em 23 de Abril 2019.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. **Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual**, ISSN 2596-1608, Belo Horizonte, vol. 1, nº2. jul. – dez., 2017.

_____. Tipicidade dos crimes militares em tempo de paz: proposta de subsunção de condutas após a Lei 13.491/17. **Revista do Ministério Público Militar**, ISSN 2596-1608, Belo Horizonte, vol. 1, nº29. 2019.

OLIVEIRA, André Abreu de. Problemas no processo legislativo da nova Lei n.º 13.491/2017, que alterou o Código Penal Militar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5305, 9 jan. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62550>>. Acesso em: 28 out. 2019

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.340-356

RÍO, Andrés Del; GOMES, Juliana Cesário Alvim. A quem serve a expansão da Justiça Militar?. **Le Monde Diplomatique**, Brasil. 21 de maio de 2018. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/a-quem-serve-a-expansao-da-justica-militar/>>. Acesso em: 03 out 2019.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). São Paulo. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/20/Os-delitos-militares-por-extens%C3%A3o-e-a-nova-compet%C3%Aancia-da-justi%C3%A7a-militar-Lei-1349117>>. Acesso em: 17 de agosto de 2019.

SCHWARTZ, Diego. O Civil e a Prática de Crime Militar. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 23 out 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19979/o-civil-e-a-pratica-de-crime-militar>>. Acesso em: 23 out 2019.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA

AMÁBILE ALÍCIA LOBO BECKMAN:

Bacharelada do Curso de Direito na
Universidade Luterana do Brasil.

RUBENS ALVES DA SILVA¹⁷⁰

(orientador)

RESUMO: As práticas da polícia judicial brasileira, como investigações criminais, geram uma variedade de dados que estão potencialmente disponíveis para pesquisadores de ciências sociais. Apesar da importância vital das investigações criminais nas operações policiais, há poucas pesquisas sobre as práticas de investigação criminal. Assim, nesse artigo é discutido a relação entre a estratégia de investigação criminal e a gestão policial. O estudo é baseado em uma análise qualitativa característica da estratégia de investigação criminal e dos principais fatores estratégicos que influenciam a redução efetiva da criminalidade. Os resultados são comparados com as principais características da gestão policial. Uma comparação mostra que a terminologia tenta envolver elementos de planejamento estratégico do crime policial em investigações criminais. Assim, representa apenas um equivalente parcial ao termo anglo-americano de estratégia policial de controle do crime. Portanto, o conhecimento da estratégia de investigação criminal e a gestão policial estão interligados. Ambos, é claro, são aspectos da solução estratégica de problemas (investigação criminal). As estratégias de investigação criminal tratam de aspectos substantivos, enquanto a gestão policial trata das estratégias de solução de problemas organizacionais. Aqui, se explora como a pesquisa que analisa dados de investigação gerados pela polícia contribuiria para a justiça criminal, a pesquisa policial e as organizações policiais. A contribuição original deste artigo é que ele explora o potencial inexplorado de análise de dados de investigação gerados pela polícia, uma questão que não foi suficientemente abordada na literatura sobre desempenho policial e organizações.

Palavras-chave: Investigação criminal. Práticas de investigação. Crime e Policia.

ABSTRACT: The practices of the Brazilian judicial police, such as criminal investigations, generate a variety of data that are potentially available to social science researchers. Despite the vital importance of criminal investigations in police operations, there is little research on criminal investigation practices. Thus, this article discusses the relationship between the criminal investigation strategy and police management. The study is based on

¹⁷⁰ Mestre em Direito do Trabalho Faculdade de Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas e professor do curso de Direito do CEULM/ULBRA, Manaus-AM em

a qualitative analysis characteristic of the criminal investigation strategy and the main strategic factors that influence the effective reduction of crime. The results are compared with the main characteristics of police management. A comparison shows that the terminology tries to involve elements of strategic planning of police crime in criminal investigations. Thus, it represents only a partial equivalent to the Anglo-American term of police crime control strategy. Therefore, knowledge of the criminal investigation strategy and police management are interconnected. Both, of course, are aspects of strategic problem solving (criminal investigation). Criminal investigation strategies deal with substantive aspects, while police management deals with strategies for solving organizational problems. Here, it explores how research that analyzes investigative data generated by the police would contribute to criminal justice, police research and police organizations. The original contribution of this article is that it explores the untapped potential for analyzing investigative data generated by the police, an issue that has not been sufficiently addressed in the literature on police performance and organizations.

Keywords: Criminal investigation. Research practices. Crime and Police.

1 INTRODUÇÃO

A estratégia de investigação criminal é relativamente campo jovem que é do interesse de ambos os cientistas e especialistas. No Brasil, seu desenvolvimento começou nos anos 1980. A análise do crime organizado identificada com contornos óbvios dos princípios da estratégia de negócios em operações estratégicas e teóricos brasileiros concluiu que a única maneira de lidar com este tipo de uma estratégia era adotar uma boa contra estratégia.

Portanto, eles tentaram combinar descobertas que consideravam a estratégia

(militar) em geral com descobertas que se desenvolveram dentro da criminalística. As análises das estratégias militares e do crime organizado destacaram um ponto de semelhança. Em ambas as estratégias, a logística foi crucial para o alcance da meta. Novas formas de crimes requerem a adaptação de estratégias de investigação criminal, entre outras ações.

Alguns autores consideram-no o terceiro ramo da criminalística, ao lado de táticas e técnicas, enquanto outros afirmam que ultrapassa o campo da criminalística, o que é especialmente verdadeiro no caso de estratégias de investigação criminal. Teóricos que estudaram o campo da investigação criminal pela Polícia Judiciária e suas estratégia logo estabeleceram que ao conceber estratégias globais de investigação criminal, por ex. no território de um Estado ou mesmo na área de segurança internacional como o território do Brasil pela Polícia Federal, não podem ser evitados fatores estratégicos que não pertencem

ao domínio da criminalística, mas que são importantes para a concepção de uma estratégia eficaz.

Como exemplo, se pode dar o exemplo da redução do abuso repressivo de drogas ilegais, embora medidas semelhantes sejam tomadas também na prevenção. A fim de reduzir de forma eficiente o abuso de drogas ilegais internacionalmente, concentrando-se principalmente em estratégias repressivas, é necessário considerar outros fatores além dos fatores relacionados à forma de operação dos infratores e trabalho de investigação criminal (ambos fazendo parte da criminalística).

Fatores técnicos (por exemplo, equipamento técnico compatível para troca rápida de informações e o fornecimento de filtros adequados para eliminar informações não verificadas) também são importantes, assim como gerenciais (por exemplo, estímulo à motivação para verificação da qualidade das informações a pedido de investigadores de outros países) e fatores organizacionais (a coordenação eficiente da cooperação com autoridades investigadoras estrangeiras depende do nível de centralização e/ou descentralização da polícia).

Pode-se, portanto, garantir que os investigadores de uma determinada área sejam devidamente qualificados e tenham todos os recursos necessários (por exemplo, autorização e equipamento técnico) à sua disposição. No entanto, eles não serão capazes de desenvolver uma estratégia eficiente (investigação criminal) de redução do crime, a menos que levem em consideração os fatores que não pertencem aos instrumentos da criminalística.

No entanto, tais dificuldades com a integração de novos tipos de conhecimento em esquemas já existentes não é um problema novo, embora seja caracterizado por alguma confusão sobre a terminologia.

A arena nacional não está familiarizada com o termo estratégia de investigação criminal, devido a uma definição diferente do termo criminalística. Isso não significa que não incluam elementos estratégicos, inclusive pertencentes à investigação criminal, no planejamento de medidas para a redução eficiente da criminalidade.

O campo da estratégia de investigação criminal é, em maior ou menor grau, coberto pelos termos 'estratégia de controle do crime', 'estratégias para controlar o crime' e 'estratégia de redução do crime'. Mas eles, no entanto, não usam os mesmos procedimentos assim como os planejadores de estratégias de investigação criminal.

Essas estratégias dependem de investigação criminal. Portanto, as teorias de estratégias repressivas estão mais desenvolvidas, embora se deseje o equilíbrio de ambas às direções estratégicas.

O projeto nacional é definido a partir da perspectiva da criminologia. Assim, em termos de trabalho da polícia⁴ judiciária, as estratégias de prevenção estão superdesenvolvidas. Apesar das diferenças de ambas as abordagens, é importante envolver o conhecimento da estratégia como uma habilidade com a qual incorporar o objetivo de redução efetiva do crime no campo do controle do crime policial.

Nesse ponto, os teóricos perceberam que o conhecimento da estratégia militar é insuficiente e que, entre as estratégias operacionais, é necessária mais estratégias policiais globais de controle do crime, acompanhadas por uma consideração de outros subsistemas. Portanto, o conhecimento do planejamento estratégico e da gestão estratégica aparece como ferramentas úteis. Consequentemente, surge a questão das relações entre a estratégia policial de controle do crime e a gestão (estratégica) policial. O conhecimento desses campos se sobrepõe ou se complementa?

2 A ESPECIFICIDADE DO TRABALHO POLICIAL

A manutenção da ordem pública é tema dos mais relevantes e atuais, na presente conjuntura, nacional e internacional, sem ordem, reinaria o caos, ameaçando a segurança do ser humano e da sociedade (ALMEIDA NETO, 2009).

Por isso em todos os países, há um órgão encarregado de manter a ordem. Esse organismo é a Polícia que age com base no poder de polícia. Entre as várias modalidades de polícias, ressalta-se por incontestável importância, a Polícia Judiciária, órgão cuja finalidade é observar os parâmetros traçados, em lei federal e em lei local, garantir a ordem, nos vários Estados da Federação (TORRES, 2010).

Mas qual a definição de polícia? Esta definição tem como pressuposto necessário à noção de segurança do ser humano, na sociedade em que vive. Assim, Critella Júnior (1987) *apud* Gomes (2016, p. 33) define:

Segurança, polícia e poder de polícia são conceitos estritamente vinculados, pelo que estas três (3) noções precisam ser esclarecidas com precisão. Afastado o estado da guerra interna permanente, possibilita-se a concentração de cada um no trabalho que lhe está afeto com o máximo de produtividade. De um modo geral, polícia é termo genérico como que se designa a força organizada que protege a sociedade, livrando-a de toda via inquietiva, mas a livre atividade

dos particulares, na sociedade organizada, tem necessariamente limites, cujo traçado cabe à autoridade pública.

Como se pode observar a polícia reúne um conjunto de regras impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal, diária, seja no exercício de atividade específica. Dessa forma, toda regra de direito poderia ser compreendida como regra de polícia, no sentido mais amplo do termo. Numa segunda acepção, denomina-se polícia o conjunto de atos de execução dos regulamentos assim feitos, bem como das leis (GOMES, 2016).

O trabalho da polícia é a execução das leis. Então para tal intento, é necessário seguir determinadas especificidades. E a principal destas especificidades, no âmbito da Polícia é a manutenção da ordem pública com policiamento ostensivo, com elementos fardados, que, pela sua presença, como força de dissuasão, previne ou reprime movimentos perturbadores da tranquilidade pública. A polícia judiciária persegue e detém criminosos, para o devido inquérito a ser remetido, oportunamente, à Justiça Criminal (BORGES, 2015).

Nessas missões, A Polícia pratica atos discricionários, de execução imediata, determinados pela autoridade competente, que em tais casos, será o comandante da unidade ou o oficial designado para essa missão. Já a polícia judiciária é responsável pela investigação e apuração de crimes (ROCHA, 2017).

Cretella Júnior (1987) *apud* Gomes (2016, p. 34) observa:

Pode-se dizer que a polícia de manutenção da ordem pública é a que se destina a impedir os atos individuais ou coletivos que atentem contra a segurança interna, as atividades lícitas, os bens públicos ou particulares, a saúde e o bem estar das populações, e a vida dos cidadãos, mantendo a situação e garantia e normalidade que o Estado assegura, ou deve assegurar, a todos os membros da sociedade. Essa é a missão precípua da força policial, hoje denominada de Polícia Militar. Já a Polícia Judiciária tem por função o trabalho de apuração dos fatos de um crime.

Assim, no Brasil, as atribuições policiais, propriamente ditas, estão repartidas entre a Polícia Civil e a Polícia Militar, competindo àquela a investigação do crime e a identificação de seus autores e coautores para entregá-los à Justiça, após a apuração de suas condutas, em inquérito policial regular, nos termos dos art. 4º a 23 do Código de Processo Penal (COLARES, 2009).

Mas o que é preciso para ser policial? Nos Estados Unidos, por exemplo, não existe concurso público para ser policial em função da especificidade da atividade policial. Então para adentrar aos quadros policiais, o interessado se submete ao denominado processo de aplicação. Esse processo se caracteriza pela inscrição do candidato a policial em uma instituição policial, de âmbito federal, no caso o FBI, estadual ou local que corresponde no Brasil, ao município (MOTTA, 2011).

Para se candidatar ao processo de aplicação, o candidato necessita estar apto dentro do que determina a legislação nacional, estadual ou local, dependendo do caso. Essa legislação é que é determinante para o acesso do candidato aos cargos policiais. Aprovado no processo de aplicação, o candidato se submete a Academia de Polícia, nos locais onde elas existem e onde elas não existem, procura-se um local para se prestar a aprendizagem da função policial. Essa academia é realizada no período de dois (2) anos, mas não tem grau de ensino superior, sendo considerando, nos padrões brasileiros, um curso técnico de polícia. Caso queira se especializar, o candidato se submete a um curso de especialização de Polícia de pelo menos dois (2) anos. Esse sim com grau de nível superior (MOTTA, 2011).

Aprovado na Academia de Polícia ele se submete a um teste de aptidão, para conquistar o certificado de policial e só após a conquista desse certificado o candidato está apto a exercer a sua função de policial, sendo contratado pelo poder público, de acordo com a disponibilidade orçamentária e de recursos humanos (MOTTA, 2011).

Como não há divisão entre Polícia Civil e Polícia Militar nos Estados Unidos, os candidatos contratados adentram aos cargos seguintes, segundo Motta (2011, p. 3):

- *Officer* - que no Brasil corresponde ao policial de rua;
- *Detective* – é o investigador natural, cargo que só pode ser alcançado após dois (2) anos de trabalho efetivo no cargo de oficial e por concurso interno de acordo com as disponibilidades de vagas. É um cargo por merecimento.
- *Sargent* – é o sargento, cargo que só pode ser alcançado após quatro (4) anos de efetivo trabalho policial. Independente de concurso interno é um cargo que se conquista via promoção pelos termos da meritocracia. - *Liutenant* – é o tenente que só pode ser ocupado por quem já tem seis (6) anos de efetivo trabalho policial como sargento. Também é um cargo escolhido por mérito.
- *Captain* – é o capitão que só pode ser ocupado por quem já seja tenente e por mérito, após oito (8) anos de efetivo trabalho policial.

Essa forma de adentrar aos cargos policiais são muito antigas nos Estados Unidos em função de perceberem que a polícia necessita de certas especificidades no desenvolvimento de suas ações, ou seja, para ser policial é necessário conhecimento específicos (MOTTA, 2011).

Na Europa o acesso ao cargo policial varia de acordo com o país, mas aqueles, cujo acesso é por concurso público, já começaram a rever suas posturas em função da especificidade da ação policial (MOTTA, 2011).

O Brasil adota, em função da Constituição Federal, o concurso público para que uma pessoa adentre a possibilidade do acesso aos cargos policiais, independente da jurisdição policial (federal ou estadual – Polícia Civil ou Polícia Militar), resguardado pelo direito de igualdade, o que parece ser o mais correto. O problema está na execução do concurso público que se restringe a um prova de conhecimentos gerais, esquecendo-se que a função policial necessita de conhecimentos específicos (GONÇALVES, 2013).

Mas como adquirir esses conhecimentos específicos, se no país não existe formação técnica em polícia e muito menos academia de policia aberta a todos? Com relação à academia de polícia, elas são restritas aos aprovados no concurso público para policial, ou seja, primeiro se faz necessário que o candidato a policial consiga aprovação na prova de conhecimentos gerais para poder frequentar um curso de academia de policia. É uma inversão do processo de formação. Para Moreira (2013, p. 45):

A Escola de polícia deveria ser o primeiro passo para que uma pessoa adentrasse aos quadros policiais, mas no Brasil é o segundo passo, ou seja, primeiro é preciso se submeter a um certame público com provas de conhecimento que nada tem a ver com a especificidade de trabalho policial para só ai se submeter ao ensino policial propriamente dito.

Para Moreira (2013), o processo no Brasil está inverso. E parece que realmente é assim que acontece, já que não há academia de policia nem ensino técnico ou universitário de policia, o candidato que consegue aprovação, não foi submetido aos testes inerentes à atividade policial.

E que conhecimentos seriam estes? Para Moreira (2013) o primeiro conhecimento que um policial deve ter é o de direitos humanos, ou seja, está consciente do direito das pessoas, mesmo a despeito de serem, provavelmente, infratores. Por isso, nos Estados Unidos e nos países da Europa, a primeira coisa que um policial faz, segundo Moreira, (2013), é “ler a declaração de direitos do cidadão detido”. Isso muito raramente acontece,

no Brasil, embora nos cursos de formação, todos recebam as informações corretas de seus procedimentos.

Então, por que isso acontece? É uma resposta muito difícil, pois, envolve outros elementos, como sensação de poder, autoridade, despreparo psicológico para a função, ausência de aprendizagem, embora tenham sido treinados (MOTTA, 2011).

No treinamento para policial lhe é dada toda a orientação necessária para o cumprimento da função dentro da legalidade e da legitimidade e dos preceitos emanados da Declaração de Direitos Humanos, embora existam casos fortuitos de descumprimento de preceitos legais na prisão em número excessivo, essa não é a regra. É o que se chama de generalização do crime, ou seja, em vez de presunção da inocência, e a presunção da culpa. Claro que isso acontece em outros países, como os Estados Unidos, que em função de sua tradição racista, trata os negros de forma diferente. Mas não é a regra nem lá e nem aqui no Brasil (PARDELLAS, 2011).

Outro conhecimento fundamental para a função de polícia está diretamente ligado às regras criminais, ou seja, o policial necessita possuir conhecimentos de direito penal, para infringir sua ação de policial. Para Torres (2010), esses conhecimentos devem ser no mínimo genéricos, para que o cidadão na condição de detido possa ser informado daquilo que ele burlou na legislação.

Também é necessário ter controle psicológico de suas ações, para não imprimir ações desnecessárias com força desproporcional. Isso se dá em função de o policial militar agir em função por intermédio de seu extremo descontrole na ação policial. Mas é importante ressaltar que essa não é a regra, pois existe na Polícia um Núcleo de Psicologia que trabalha exatamente esse preparo psicológico do policial militar. Quando se descontrolam, não é por falta de infraestrutura de apoio psicológico, mas sim por outros motivos que fogem a razão, ou seja, esse descontrole, também não é a regra (PARDELLAS, 2011).

Assim, embora o concurso público seja fundamental para garantir o direito de igualdade, outras condicionantes são de extrema importância para que o possível candidato seja considerado apto para tal intento, dentre eles se destaca a investigação (ROCHA, 2017).

3 O TRABALHO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Como nasceu a atividade policial? Na realidade a polícia nasceu juntamente com o conceito de Estado e de justiça. O Estado se constituiu a partir da efetivação de normas de conduta impostas às sociedades (ALMEIDA NETO, 2009); (TORRES, 2010).

As normas nasceram com os agrupamentos humanos em cidades e sua institucionalização criou o Estado com a extrema necessidade de se fazer justiça para quem não cumprisse as normas (LUCCI, 2010).

No início a polícia era diretamente ligada ao exército, pois esse incorporava o conceito de segurança interna e externa. Mas diante a especificidade da atividade policial, esse desprendimento era absolutamente natural e necessário. Sobre esse desprendimento, Colares (2009, p. 33) se refere:

Logo os exércitos passaram a ter enorme dificuldade de se concentrar em duas atividades: a policial e a de segurança externa, até em função das guerras que eram muito intensas e obrigavam os exércitos a terem que usar todo o seu contingente na atividade de segurança externa, o que dificultava as atividades de segurança interna.

Assim nasceu a polícia como se conhece hoje. No mundo antigo, especialmente na China, a atividade policial era realizada pelos prefeitos que exerciam funções municipais e, entre elas estava a atividade policial (LUCCI, 2010).

Na Grécia, berço da democracia, o poder judiciário utilizava escravos na função de polícia, mas o trabalho de investigação era realizado pelos os próprios cidadãos (LUCCI, 2010).

Em Roma, prevaleceu no exército o exercício das funções policiais inclusive na prisão de Jesus Cristo, considerado um criminoso pelo Estado Judeu e pelo Império Romano; quem efetuou a prisão de Jesus Cristo foi o exército romano, inclusive assumindo a execução da pena capital (LUCCI, 2010).

Na Espanha medieval, a atividade policial era exercida pelos denominados 'hermandades', que eram cidadãos do povo que se associavam para investigar crimes. Essas 'hermandades' dão origem ao conceito policial moderno (LUCCI, 2010).

Desta forma, ficou claro para o Estado que a função policial era necessária e fundamental, além da individualização da mesma. Com isso, a função de segurança interna ganhou contornos especiais por ser um primeiro passo para incrementar ações para todos aqueles que não cumpriam as normas jurídicas (BORGES, 2015).

Com o passar dos tempos, a atividade policial foi se ampliando, passando a incorporar as atividades de inteligência policial. Embora os vários conceitos de inteligência policial sejam amplos, pode-se resumi-los em um levantamento de informações para

assessorar o processo decisório de caráter preventivo e repressivo, para as várias modalidades de segurança (GONÇALVES, 2013).

Para Gonçalves (2013, p. 30) “a inteligência policial ou investigação policial tem como escopo questões táticas (estratégias) de repressão e investigação de ilícitos e grupos infratores”. O mesmo autor em sua análise informa que o antigo manual de inteligência da Polícia Federal do Brasil conceitua o termo como a principal função da polícia judiciária:

A atividade interativa exercida pelo órgão policial fundamentada em preceitos legais e padrões éticos, que consiste na produção e proteção de conhecimentos, por meio do uso de metodologia própria e de técnicas acessórias que permitam afastar a prática de ações meramente intuitivas e a adoção de procedimentos sem uma orientação racional (GONÇALVES, 2013, p. 30).

Essa definição contida no antigo manual da Polícia Federal apresentada por Gonçalves (2013, p. 30) é bastante ampla e envolve todos os elementos subjacentes ao trabalho de inteligência e investigação policial: recolhimento de informações, produção de conhecimento, legalidade e legitimidade.

O referido autor assevera também que o estudo da inteligência e da investigação policial evoluiu e continua evoluindo no Brasil de forma vertiginosa, sempre contendo a definição de levantamento de informações e produção de conhecimento, mas no caso da inteligência policial especificamente nunca na produção direta de provas, sob pena de anulação do inquérito policial em função do uso de informações não autorizadas, como ocorreu no caso famoso da Operação Satiagraha, comandada por um delegado da Polícia Federal que atropelou a legalidade e a legitimidade da ação, levando a completa anulação do inquérito policial. Produção de provas é uma atividade exclusiva da investigação criminal (ROCHA, 2017).

No campo doutrinário, Almeida Neto (2009) se refere aos ramos da inteligência como apenas dois (2): *stricto sensu* e contra inteligência. No primeiro caso (*stricto sensu*), ou seja, no sentido restrito, a atividade de investigação concentra, segundo o autor supracitado na recolha de dados para produção de conhecimento a fim de assessorar no processo de decisão, no planejamento, organização, controle e coordenação de atividades, resguardando os direitos constitucionais do investigado. Já a contra inteligência, por sua vez, é um trabalho de proteção às informações conseguidas e a sua infraestrutura para tal intento.

São dois trabalhos diferentes, enquanto um ramo busca as informações, o outro protege tais informações para que elas sejam preservadas de acordo com o levantamento promovido. São de extrema importância partilhada para o processo de tomada de decisão,

com a contra inteligência não deixando que o trabalho *stricto sensu* seja contaminado ou ameaçado (ALMEIDA NETO, 2009).

Modelos de inteligência e exemplos é o que não falta. Nos Estados Unidos, o *Federal Bureau of Investigation* – FBI utiliza a inteligência policial para formatar provas irrefutáveis contra criminosos de todas as espécies. Um exemplo famoso é o caso do Agente federal Joseph D. Pistone que se infiltrou, nos anos de 1970, na Máfia Americana com o nome fictício de Donie Brasco e, lá permaneceu por cerca de cinco (5) anos, levantando informações que no futuro foram decisivas para o aniquilamento da máfia nos Estados Unidos (PISTONE, 1994).

Na França a polícia de inteligência que hoje adquiriu contexto internacional – é a Organização Internacional de Polícia Criminal – INTERPOL que exercita a atividade de inteligência policial em várias frentes de crimes e cujo caso mais famoso foi à descoberta de um possível atentado contra o então presidente francês Charles de Gaulle em 1962, que culminou com a intervenção da referida instituição com a morte do terrorista. Essa ação foi eternizada no filme ‘O dia do Chacal’ (LEBEL, 1970).

O trabalho policial envolve o cumprimento eficaz de seus deveres e funções, investidos no Poder de Polícia consagrado no ordenamento jurídico do Brasil. Alguns desses elementos estão relacionados à prevenção e detecção do crime, como a autorização para proceder busca e apreensão, entrada em lugares, localidades e casas onde crimes foram cometidos ou vestígios destes foram deixados; busca de provas e o seu confisco para instruir o processo judicial; a captura de pessoas e apreensão de objetos relativos a um crime cometido ou a ser cometido (BORGES, 2015).

Evidentemente, a população necessita e espera que a polícia previna e desvende o crime e preserve a ordem pública. Isto exige uma mudança gradual, partindo de um sistema fechado para um sistema mais aberto na área policial, com ênfase na descentralização da organização e até mesmo na extinção da abundância de níveis funcionais na sua estrutura (COLARES, 2009).

Imprescindível destacar o lento, mas necessário amadurecimento do desenvolvimento da atividade policial no Brasil, pois até pouco tempo, as doutrinas policiais eram escassas e eminentemente personalistas entre as instituições que se valiam desse instrumento de defesa do Estado. Nesse diapasão faz-se mister apregoar o conceito de investigação policial do antigo manual de inteligência policial da Polícia Federal como atividade interativa exercida pelo órgão policial fundamentada em preceitos legais e éticos, que consiste na produção e proteção de conhecimentos, por meio de metodologia própria e de técnicas acessórias, que permitam afastar a prática de ações meramente intuitivas e a adoção de procedimentos sem uma orientação racional (TORRES, 2010).

É preciso criar uma proximidade e entendimento mútuo entre a população e a organização, partindo da premissa fundamental de que a responsabilidade pela segurança pública não é só da polícia, mas compartilhada entre o Estado e seus cidadãos. Assim, a crescente insatisfação experimentada pela sociedade ocasiona a mudança das organizações policiais. Aos poucos, por toda parte, observa-se a adoção em caráter experimental de estruturas descentralizadas e menos burocratizadas de aplicação da lei com novos conceitos de polícia como este (GONÇALVES, 2013).

4 FATOS GERAIS SOBRE A ESTRATÉGIA DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

O termo estratégia, em termos simples, significa habilidade para atingir determinado objetivo. Portanto, busca respostas para a pergunta como alguém alcança um determinado objetivo? Todas as estratégias foram desenvolvidas a partir de estratégias militares, que têm, de longe, a mais longa tradição e a estratégia de investigação criminal seguiu amplamente seu exemplo (GOMES, 2016).

Schäfer, que a definiu como a habilidade de ação conjunta das forças policiais para implementar os objetivos da política criminal, é considerado seu fundador. Portanto, representa o meio para implementar os objetivos da política judiciária. No início, foi desenvolvido exclusivamente como uma estratégia de combate à estratégia dos criminosos, que utilizavam apenas recursos da investigação criminal (PARDELLAS, 2011).

No entanto, quando passou também a visar crimes futuros, ficou claro que, no planejamento das medidas, não poderia mais contar apenas com fatores relacionados à criminalística (características dos infratores, *modus operandi*, escolha das vítimas, objetos das infrações penais, procedimentos de investigação criminal de detecção, e investigação), mas que seria necessário levar em consideração outros fatores relacionados ao trabalho de investigação criminal. Isso também contribuiu amplamente para a eficiência da redução do crime pela polícia (ROCHA, 2017).

Uma nova definição tomou forma, segundo a qual a estratégia de investigação criminal passou a ser um campo científico estudando possíveis formas de implementação de medidas preventivas e repressivas no combate ao crime por meio do planejamento de medidas globais, levando em consideração o princípio da eficiência (PARDELLAS, 2011).

A definição, portanto, deixou de incluir apenas medidas de investigação criminal, o que indica que as estratégias de investigação criminal extrapolam o quadro da criminalística. Descobertas recentes mostraram que uma parte importante da estratégia de investigação criminal, ou seja, estratégias operativas de investigação criminal, sem dúvida pertence à criminalística, enquanto as estratégias de investigação criminal global a excedem. Exemplos dessas estratégias globais incluem questões relativas à resolução de

problemas de estratégia de investigação criminal na área de segurança internacional (ROCHA, 2017).

Para facilitar a compreensão da estratégia de investigação criminal, se faz necessário que se discuta algumas de suas ferramentas teóricas básicas. Faz-se uma distinção entre estratégias gerais e operacionais de investigação criminal (LOPES JR, 2013).

O critério para essa distinção é o objeto de análise e o nível de planejamento. Em estratégias gerais de investigação criminal, fala-se em reduzir todos os crimes ou um certo tipo de crime, por exemplo, o crime econômico, em uma determinada área - o nível superior (geral) (CHOUKR, 2011).

Em estratégias operacionais de investigação criminal, no entanto, fala-se sobre o planejamento para reduzir os tipos individuais de crimes em uma determinada área (por exemplo, violência entre pares nas escolas, violência nas ruas e venda de drogas nas ruas), mas raramente sobre a investigação das atividades de um determinado grupo de crime (por exemplo, estratégias de infiltração operativa) (SANTOS, 2016).

Abreu (2016, p. 133) diz com propriedade:

O cerne de boas estratégias de investigação criminal operativa tem a ver com o conhecimento da psicologia do oponente. As estratégias gerais de investigação criminal são ainda divididas em estratégias de crime (orientadas para certos tipos de crime, por exemplo, crime econômico, organizado e de propriedade), estratégias direcionadas a profissionais individuais campos de trabalho policial (por exemplo, desenvolvimento de sistemas de informação internacionalmente compatíveis e introdução de novos métodos de investigação secreta) e estratégias regionais (lidar com a redução do crime em uma área geograficamente limitada).

As estratégias podem ter como alvo os perpetradores, vítimas, instituições, o sentimento de segurança, a reputação da polícia e alvos semelhantes. Da mesma forma que a guerra ou a medicina, por exemplo, como no que diz respeito ao tratamento do câncer, não existe uma estratégia universal que seja eficaz no combate aos diversos tipos de crimes, razão pela qual só se pode buscar soluções na combinação de diferentes estratégias (TORNAGHI, 2017).

Às vezes, as estratégias direcionadas a um alvo (por exemplo, reduzir a quantidade de vítimas de crimes sexuais) serão mais eficientes, ao passo que, em outra ocasião, as estratégias direcionadas a uma série de alvos se mostram mais eficientes (por exemplo,

para reduzir o crime nas ruas, se pode visar os usuários de drogas, introduzir medidas para aumentar o sentimento de segurança e buscar mudar a organização do trabalho policial) (BRAZ, 2011).

Também pode haver combinações de várias estratégias gerais dirigidas ao mesmo alvo (os perpetradores). Deve-se retornar mais uma vez aos recursos da estratégia de investigação criminal. Em termos mais gerais, os recursos de investigação criminal estão na vanguarda (ZOLLER, 2010).

Existem diferentes recursos de investigação criminal. Por exemplo, para provar infrações criminais, os métodos forenses de detecção e investigação de vestígios são importantes. A forma de utilização desses recursos em casos reais é definida pelas táticas de investigação criminal, que são o recurso básico das estratégias de investigação criminal (SILVA, 2007).

Além disso, na implementação de uma estratégia, os indivíduos que a implementam também são de grande importância, em termos de sua capacidade de organização, seus conhecimentos, suas qualidades de liderança e outros fatores que garantam a implementação eficiente tanto das medidas táticas de investigação criminal como das medidas policiais em geral (SILVA, 2015).

Também é necessário que aqueles que implementam as medidas empreguem bons analistas estratégicos. As análises estratégicas representam os meios básicos para conceber estratégias eficientes (de investigação criminal).

Aborda-se agora os diversos fatores que precisam ser analisados para se traçar uma estratégia (investigação criminal) eficiente (JÚDICE, 2014).

Na concepção de qualquer estratégia, primeiro tem-se de estabelecer onde se está. Para estabelecer isso, normalmente precisamos analisar três tipos de fatores, segundo Jacinto (2010, p. 134): "- nosso próprio potencial; - o oponente; e - o ambiente sistêmico no qual desejamos implementar a meta definida".

A estratégia de investigação criminal também foi dividida pelos fatores listados acima. Assim, as seguintes divisões podem ser identificadas Dantas (2015, p. 234):

- Fatores relacionados às características da operação ou *modus operandi* dos infratores (perfil dos infratores, horário, local, forma de operação, instrumentos usado, vítimas, testemunhas oculares e semelhantes);
- fatores relacionados com o conteúdo da investigação criminal (medidas de investigação criminal no local do crime, métodos de investigação, busca de suspeitos, entrevista,

investigação forense, apreensão de objetos ou de produtos e similares);

- fatores relacionados à estrutura dos mecanismos de controle policial (gestão, autorizações em vários ramos da polícia, pessoal, equipamentos, sistema de treinamento e educação, sistema de informação e comunicação e similares); e,
- fatores externos que têm impacto no trabalho policial (investigativo), abrangendo a cooperação com outras instituições de controle, comunidades locais, público e similares.

Como se pode ver, o primeiro conjunto de fatores se refere ao oponente, enquanto o segundo conjunto se refere às forças. O terceiro conjunto de fatores também está relacionado às nossas próprias forças, embora se estenda além do campo da criminalística. Isso é importante principalmente quando se trata de conceber estratégias gerais eficientes de investigação criminal. O quarto conjunto se refere em parte às próprias forças, definindo os aliados, e em parte ao ambiente sistêmico onde a estratégia é implementada (BRAZ, 2016).

O terceiro conjunto de fatores, que também abrange a gestão policial (estratégica), deve ser discutido com um pouco mais de detalhes. Por um lado, representa um fator de relevância estratégica na investigação criminal, enquanto, por outro, trata dos processos de planejamento, elaboração e controle da implementação de estratégias. Há, portanto, uma espécie de ligação e entrelaçamento envolvida (COSTA, 2010).

Os fatores acima mencionados devem ser objeto de uma análise estratégica aprofundada da investigação criminal. As análises estratégicas criminais são distintas das análises criminológicas (regionais) que se baseiam no conhecimento da geografia criminal e no envolvimento de outros tipos de fatores (CLUNY, 2015).

No entanto, são importantes para a formação de algumas outras estratégias preventivas. Além disso, eles se distinguem das análises criminais que coletam apenas os fatores de criminalística. Esses tipos de análises são suficientes para a formação de estratégias operativas do crime, mas não para as gerais (LOPES JR, 2013).

O principal uso das análises estratégicas do crime é definir os pontos fortes e fracos. Aqui, a ajuda da análise SWOT é desejada. A neutralização das forças do oponente e de as próprias fraquezas (e fazer bom uso das fraquezas do oponente e de nossas próprias forças) representa o cerne da estratégia (investigação criminal). Essas análises, ou análises estratégicas, não representam uma estratégia por si só (ZOLLER, 2010).

Eles representam apenas a base necessária para traçar uma estratégia, que se dá por meio do processo de planejamento estratégico da investigação criminal. No entanto, o planejamento estratégico da investigação criminal não é um fenômeno único, mas foi desenvolvido a partir do planejamento estratégico (CHOUKR, 2011).

Além disso, a gestão estratégica também se desenvolveu a partir do planejamento estratégico. A gestão estratégica tem sido cada vez mais reconhecida a partir da década de 1980, época em que também começou a surgir a estratégia de investigação criminal (SANTOS, 2016).

5 LIGAÇÕES ENTRE A INVESTIGAÇÃO PENAL E A GESTÃO ESTRATÉGICA

(POLÍCIA)

O elo fundamental entre a investigação criminal e a gestão estratégica é o planejamento. O planejamento tem uma longa tradição na criminalística e se desenvolveu a partir da necessidade de medidas coordenadas em casos de complexidade investigativa (TORNAGHI, 2017).

Durante a década de 1980, no entanto, o planejamento foi percebido como cada vez mais importante, especialmente no Brasil, e a expressão planejamento de controle do crime passou a existir (ABREU, 2016).

A razão subjacente era eliminar os gargalos na investigação causados pelo aumento do número de investigações, devido ao aumento da criminalidade. O acompanhamento lógico era uma abordagem ao planejamento estratégico que estratégias de negócios paralelas (SILVA, 2007).

Ao mesmo tempo, a investigação criminal já estava tomando forma. No início, estava principalmente interessado em estratégias operativas porque na época não havia base disponível para o desenvolvimento de estratégias gerais. O planejamento estratégico, que entretanto se tornou cada vez mais influente em outros campos, representou, e ainda representa hoje, um instrumento útil para a estratégia de investigação criminal, que é fundamental para permitir o desenvolvimento da investigação criminal e sua implementação. Portanto, o planejamento estratégico tem fornecido a solução para os problemas estratégicos da investigação criminal em nível geral (BRAZ, 2011).

A gestão estratégica, no que diz respeito à responsabilidade pelas estratégias, criação estratégica e implementação de toda a abordagem de negócios com ênfase nas mudanças de gestão e na participação da empresa, iniciou seu desenvolvimento quase ao mesmo tempo que a estratégia de investigação criminal.

No entanto, demorou algum tempo para se integrar ao policiamento (SILVA, 2015).

O mesmo acontecia, talvez em maior medida, com a estratégia de investigação criminal, que, junto com o planejamento estratégico, buscava assumir um corpus mais amplo de gestão estratégica dos problemas de investigação criminal (JÚDICE, 2014).

Teve maior sucesso na Polícia do Estado de São Paulo, onde o conteúdo da investigação criminal foi incluído em programas de formação de policiais e na Polícia Federal, além dos cursos de oficiais da Polícia Militar. Entre eles, o departamento especial de Polícia Federal foi estabelecido no Instituto do Crime em Brasília (BRAZ, 2016).

Sua função é realizar levantamentos de estratégia de investigação criminal e parte deste departamento é representada por gestores de polícia de diferentes áreas. Outros Estados do Brasil (com exceção do Acre, Amapá, Rondônia, Roraima e Tocantins) não desenvolveram uma estratégia de investigação criminal como um campo independente. No entanto, parte de seu conteúdo teórico pôde ser evidenciado tanto na teoria quanto na prática da gestão policial (COSTA, 2010).

Questiona-se se a sobreposição parcial da estratégia de investigação criminal com a gestão estratégica (policial) aumenta ou diminui a eficiência das estratégias policiais de redução do crime. Para responder a esta questão, deve-se analisar quais elementos da resolução estratégica de problemas (investigação criminal) pertencem à investigação criminal e quais elementos pertencem à gestão estratégica (policial) (CLUNY, 2015).

Decorre da definição da investigação criminal que se trata do planejamento de medidas globais para a redução da criminalidade futura, levando em consideração o critério de eficiência. Deve levar em consideração numerosos fatores que estão ligados ao trabalho de investigação criminal (sua força e seu impacto mútuo) que são tratados pela criminalística (DANTAS, 2015).

O critério de eficiência, entretanto, exige que outros fatores também sejam levados em consideração, embora a criminalística não inclua muitas indicações nesse sentido (DANTAS, 2015).

Por outro lado, a gestão estratégica também trata do planejamento de medidas globais, decidindo sobre a forma de sua implementação (através da provisão de recursos materiais e não materiais necessários) e do controle de eficiência. Isso é realizado dentro dos processos de planejamento, organização (preparação de recursos), gestão (direcionamento e motivação de pessoas) e avaliação (controle de processos) (JACINTO, 2010).

A gestão estratégica também deve estar familiarizada com a estratégia de operação do outro lado - o lado dos concorrentes. Além disso, um gerente policial deve certificar-se

de que as estratégias estão interligadas e que a organização policial está pronta para as mudanças trazidas por novas estratégias (D'URSO, 2013).

Pode-se constatar que a formulação investigação criminal é apenas uma das tarefas da gestão policial, pois o trabalho policial é tão abrangente que não pode ser planejado no âmbito de uma estratégia única. Além disso, pode-se verificar que o delineamento de estratégias de investigação criminal por meio do processo de resolução de problemas é composto de duas partes (MAZZILLI, 2010).

A primeira parte envolve a resolução de um problema do ponto de vista de seu conteúdo profissional, enquanto a segunda parte representa a resolução de um problema em termos de suas dimensões organizacional e gerencial. A primeira parte busca perguntas para respostas sobre qual é a essência do problema, quais são suas causas, qual poderia ser a solução para o problema e o objetivo a ser alcançado e quais poderiam ser as medidas para atingir tal objetivo, por meio de análises e avaliações de fatores que pertencem à criminalística e, em parte, à criminologia (por exemplo, etiologia criminal) (MACHADO, 2016).

Além disso, a experiência prática de policiais que lidam com a redução da criminalidade também tem relevância, especialmente quando se trata de redução da criminalidade em áreas específicas. O segundo aspecto, que se pode denominar de aspecto organizacional ou (estratégico) gerencial, responde principalmente a perguntas sobre a OMS (a composição de um grupo de trabalho), quando (a adoção de uma abordagem de uma ou várias etapas, o cronograma de metas), como (a documentação para acompanhar a estratégia, coordenação e compatibilidade com outras estratégias) e com o que (recursos materiais, pessoais e jurídicos) (FORNACIARI JUNIOR, 2010).

Na resolução de problemas de investigação criminal, não se deve deixar de acrescentar a corregedoria de polícia, que está indiscutivelmente no domínio da gestão. Escusado será dizer que, na prática, a divisão não pode ser aplicada de forma consistente, uma vez que a criação de uma meta como etapa de resolução de um problema está ligada aos recursos disponíveis, o que significa que também é da competência da gestão. É por esta razão que os criadores que se encarregam do aspecto substantivo da resolução de problemas têm que se perguntar se as medidas planejadas são razoáveis do aspecto da eficiência (avaliação do *input/output*) (GONZAGA, 2013).

Diante disso, a criação de uma meta como etapa da resolução de problemas representa uma espécie de elo entre as duas partes mencionadas. Além disso, a apresentação de uma solução também envolve ambas as partes (GRINOVER, 2014).

Com base na descrição pode-se concluir que aspectos substantivos do desenvolvimento de estratégias gerais de investigação criminal (por meio dos processos de planejamento estratégico) pertencem indiscutivelmente ao domínio da investigação criminal (LAZZARINI, 2009).

As respostas às perguntas sobre quais fatores precisam ser analisados, seu impacto (pontos fracos/pontos fortes) e como melhor avaliá-los podem ser respondidas simplesmente por meio das conclusões de uma estratégia de investigação criminal (MACHADO, 2016).

No entanto, a chave para conceber estratégias eficientes (investigação criminal) reside no aspecto organizacional (gerencial estratégico) da resolução de problemas, ou seja, criar e implementar de forma eficiente as estratégias planejadas. E é exatamente por isso que as ferramentas da estratégia de investigação criminal incluem também achados (que representam fatores estratégicos de investigação criminal importantes para o desenvolvimento de estratégias eficientes) da gestão estratégica (LAZZARINI, 2009).

É por esta razão que os achados da estratégia de investigação criminal podem ser úteis para os chefes de polícia, independentemente do campo do policiamento em que desempenhem funções gerenciais. Além disso, o conhecimento da estratégia de investigação criminal é útil para o funcionamento eficiente de toda a justiça criminal (LAZZARINI, 2009).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem brasileira para a formulação de estratégias policiais de controle do crime foi formada, seguiu o modelo alemão e francês como um instrumento teórico para capacitar a polícia a desenvolver estratégias de redução do crime.

Dado que as estratégias globais (policiais) requerem a consideração de outras perspectivas de conhecimento, ele tenta combinar o conhecimento da investigação criminal e da gestão estratégica (policial). No entanto, ambos poderiam ser incorporados a um modelo estratégico de solução de problemas (investigação criminal) construído em dois conjuntos diferentes de bases.

O modelo representa uma aplicação teórica da solução estratégica de problemas, útil para gerentes de polícia em diferentes níveis e também para outros planejadores (não policiais) de estratégias de redução do crime.

Parece que os planejadores de tais estratégias, que têm conhecimento da estratégia de investigação criminal, poderiam usar algumas ferramentas práticas. Essas ferramentas

podem ser úteis para os gerentes de polícia em todos os campos do trabalho administrativo da polícia.

Assim, neste artigo, foi explorado como a investigação policial se desenvolveu no Brasil na Polícia Judiciária como fundamento do trabalho da polícia. Fazendo uso de tais dados para fins de pesquisa tem vários benefícios potenciais.

Esses dados facilitam análises mais complexas de estratégias e métodos policiais, permitem o exame detalhado de conjuntos completos de criminosos e casos e possibilitar o estabelecimento de padrões nas práticas de investigação criminal.

Os resultados da pesquisa de análises de dados da literatura podem ter implicações para como as práticas organizacionais são realizadas. Dados coletados da literatura de investigação criminal fornece informações sobre práticas policiais atualizados sobre o trabalho policial podem influenciar diferentes setores da polícia, organizações; enquanto a evidência de tais dados pode contribuir para a aprendizagem organizacional por aumentar o conhecimento e a reflexão entre os policiais.

Conhecimentos novos e práticos sobre o desempenho de investigações criminais irão contribuir para abrir a caixa preta comumente envolvida em tais práticas, tanto dentro da polícia como em grande parte da literatura policial. Evidências de pesquisa que descrevem mecanismos e os processos que tradicionalmente estão ocultos também podem oferecer novas perspectivas sobre debates oficiais, contribuir para discussões mais construtivas sobre a qualidade da polícia e suas práticas, bem como melhorar a justiça e o Estado de direito. Sem conhecimento sobre tal partes geralmente inacessíveis do trabalho policial, é difícil para os formuladores de políticas e o público manterem uma visão informada e crítica dos métodos e práticas policiais.

REFERÊNCIAS

ABREU, C. P. de. **As Polícias, a Polícia Judiciária e o Sistema de Justiça Penal**, in Revista Polícia e Justiça n.º 8, III Série, Coimbra, Julho-Dezembro 2016, pp. 149 a 188.

ALMEIDA NETO, W. R. de. **Inteligência e contra inteligência no Ministério Público**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

BORGES, S. da C. **Polícia e constituição**. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 6 de abr de 2021.

BRAZ, J. **Política criminal e sistemas de coordenação da Investigação**

Criminal in Revista Polícia e Justiça n.º 8, III Série, Julho-Dezembro 2016, pp.191 a 214.

BRAZ, J. **Negociação e gestão de crises, o difícil equilíbrio entre os valores da justiça e da segurança**, in Investigação criminal, Brasília, 2011, pp. 114 a 128.

CHOUKR, F. H. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CLUNY, A. F. **O relacionamento da Polícia Judiciária com o Ministério Público e o poder judicial**, in Revista do Ministério Público, n.º 64, São Paulo, 2015.

COLARES, M. de S. **Polícia: história da instituição de segurança pública**. São Paulo: RT, 2009.

COSTA, C. **Prepara o futuro**. Investigação criminal e as forças de segurança», in Revista Modus Operandi n.º 3, São Paulo, 2010, pp. 25 e 26.

D'URSO, L. F. B. **O Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado**. Revista CEJAP – publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais. N. 6, ano 4. São Paulo: Millenium, junho de 2013.

DANTAS, A. L. **Os custos da investigação criminal**, in Os Custos da Justiça, Brasília, 2015, pp. 87 a 100.

FORNACIARI JUNIOR, C. **Noção de bem comum**. Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia, n. 9 (1 e 2), 2010.

GOMES, L F. **O trabalho policial no Brasil a partir da Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: RT, 2016.

GONÇALVES, J. B. **Atividade de inteligência e legislação correlata**. Niterói-RJ: Impetus, 2013.

GONZAGA, J. B. **A inquisição em seu mundo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, A. P. Investigações da policia judiciária. Boletim IBCCRIM. V.12, n.145. São Paulo, dez. 2014.

JACINTO, F. T. **O papel da Polícia Judiciária no sistema de justiça – parte II**, in Revista do Ministério Público n.º 121, Ano 31, 2010, pp. 121 a 147.

JÚDICE, J. M. **A investigação criminal: juiz, MP o PJ?**, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, Novembro 2014, São Paulo, pp. 35 a 39.

- LAZZARINI, Á. **Aspectos jurídicos do poder de polícia.** Estudos de Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- LEBEL, C. **O dia do chagal.** São Paulo: Saraiva, 1970.
- LOPES JR, A. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- LUCCI, E. A. **História da segurança pública.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MACHADO, L. A. **Conversa com a polícia judiciária** (Estadual e Federal). Revista ADPESP. N. 22, dezembro de 2016.
- MAZZILLI, H. N. **O Controle externo da atividade policial.** Justiça Penal. N. 7: Críticas e Sugestões: Justiça Criminal Moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime. Coordenador: Jacques Camargo Penteadó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MOTTA, J. da C. S. **O acesso aos cargos públicos no Brasil e no mundo:** diferenças e semelhanças. Rio de Janeiro: Rodrigues, Alves, 2011.
- PARDELLAS, S. **Polícia e crime:** relação próxima. São Paulo: Papyrus, 2011.
- PISTONE, J. **Donnie Brasco:** minha vida com a máfia. São Paulo: Motidorri, 1994.
- ROCHA, G. de M. **O método de investigação criminal.** São Paulo: Cutrix, 2017.
- SANTOS, C. J. dos. Ensaio ao Direito à Investigação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SILVA, G. M. da. **A criminalidade organizada e a investigação criminal.** In Congresso de Processo Penal, Brasília, Janeiro, 2015, pp. 72 a 89.
- SILVA, G. M. da. **A Investigação criminal e as autoridades judiciais,** in O perito. Tecnologias e Polícia, Brasília, Janeiro/Junho 2007, pp. 26 a 34.
- TORNAGHI, H. **Instituições de Processo Penal,** vol. 2. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TORRES, M. C. **Polícia de ordem social.** São Paulo: Summus, 2010.
- ZOLLER, M. A. **O intercâmbio de informações no domínio da investigação penal,** in 2º Congresso de Investigação Criminal, Belo Horizonte, 2010, pp. 307 a 318.

O ESTUPRO DE PESSOA MENOR DE 14 ANOS E A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERÁVEL

ALEXANDRE DE ARAUJO RODRIGUES:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: O presente trabalho abordará o estupro do menor de 14 anos e a relativização da vulnerabilidade numa perspectiva de pontuar inicialmente o esboço histórico da dignidade humana atrelada à dignidade sexual, remontando aos povos antigos até a vigência da lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. No segundo plano, será apreciada uma análise do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, em especial, as significativas mudanças na aplicabilidade da presunção de inocência prevista no art. 224 do Código Penal que apresentaram distinções no ponto de vista jurídico. O objetivo será a discussão da controvérsia acerca da hipótese de vulnerabilidade absoluta de pessoa menor de 14 anos que vem sendo enfrentada nos Tribunais. Para tanto, será necessária em caráter específico a compreensão do desenvolvimento histórico da dignidade, o estudo das generalidades da Lei nº 12.015/2009, a conceituação do tipo penal do estupro de vulnerável. Como alternativa de apreciar mais a fundo, far-se-á do mesmo modo, uma análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no que concerne a discussão sobre a controvérsia acerca da hipótese de vulnerabilidade absoluta de pessoa menor de 14 anos.

Palavras-chaves: Estupro de vulnerável. Relativização. Vulnerabilidade absoluta. STF. STJ.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO - 2 - DO DIREITO À DIGNIDADE SEXUAL - 2.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DA DIGNIDADE - 2.1.1 A dignidade moderna - 3. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DE ACORDO COM A LEI Nº 12.015/2009 - 3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ESTUPRO - 3.2 LEI MOSAICA E CÓDIGO DE HAMURABI - 3.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - 3.4 OS CRIMES SEXUAIS E A REDAÇÃO DA LEI Nº 12.015 DE 2009 - 4. ELEMENTO OBJETIVO E SUBJETIVO - 4.1 SUJEITO ATIVO - 4.2 SUJEITO PASSIVO - 5 O CONCEITO DE VULNERÁVEL E SUA RELATIVIZAÇÃO - 5.1 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - 5.1.1 Estatuto da Criança e Adolescente - 5.1.2 Proteção integral da criança e do adolescente - 5.2 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - 5.2.1 Presunção absoluta e relativa - 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS - 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Em decorrência da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes, no ano de 2009, por meio de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), criou-se a Lei nº 12.015, datada de 07 de agosto. Destinou-se, portanto, a tratar dos crimes sexuais, introduzindo um novo tipo penal, eis que, o estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

Este trabalho acadêmico vai realizar um estudo jurídico sobre o estupro de vulnerável e a relativização absoluta na aplicação das penas do tipo penal, qual seja, a que trata em condições em que não ocorre o uso da força ou grave ameaça, todavia que caracteriza, de modo igual, o crime sexual, com o intuito de identificar e analisar o posicionamento dos tribunais superiores, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que concerne a discussão acerca da hipótese de relativização absoluta. Em caráter específico, conceituar estupro de vulnerável, discorrer sobre o termo vulnerabilidade, analisar a Lei nº 12.015/2009 e suas peculiaridades, compreendendo as mudanças ocorridas.

No que tange a problematização do tema buscar-se-á responder ao seguinte questionamento: Qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da hipótese de relativização da vulnerabilidade absoluta?

Os estudos serão pautados pelo método dedutivo, através do estudo das teorias, das regras gerais, buscando assim um melhor entendimento do conteúdo debatido. Serão utilizadas assim, pesquisas documentais e bibliográficas em doutrinas, assim como jurisprudências, leis, artigos de internet, jornais, revistas, pesquisa de campo, ou qualquer outra fonte que vise fornecer informações essenciais para o desenvolvimento do referido trabalho.

Posterior a isso, será formulado argumentos necessários para buscar a solução o problema, ou se aproximar do mesmo.

O presente trabalho foi dividido em três seções. No primeiro, foi realizado um estudo do direito a dignidade sexual, iniciando com a inserção do esboço histórico da dignidade. Ao longo do tempo, a história tem mostrado uma busca incessante da humanidade pelo respeito e condições que transmitam a igualdade e um convívio mais adequado à realidade social atual. A dignidade humana é um alicerce constitucional e tem abalizado uma maneira a condição humana. Abordou-se do mesmo modo, a dignidade moderna e a teoria do mínimo existencial. A Constituição

Federal Brasileira trouxe em seu bojo importante lição no que concerne à dignidade da pessoa humana, e de tal modo que a dignidade sexual diante dos inúmeros avanços, carecia ser amparado para proteção dos menores vulneráveis.

Na sessão segunda, a abordagem fez referência ao crime do estupro de vulnerável à luz da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, tecendo comentários sobre o tipo penal, bem como suas generalidades, tais como, sujeito ativo e passivo, erro de tipo, bem jurídico, e as modificações que ocorrem com o início de vigência da nova lei.

Após, será realizada uma análise da relativização do conceito de vulnerável, iniciando pelos direitos da criança e do adolescente. Serão tecidos comentários sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei criada em 1990, e que teve por preocupação a devida proteção aos infantes. Um ponto bastante controverso e necessário para um melhor entendimento do tema é a presunção absoluta e relativa, uma vez que mediante a compreensão destes dois instrumentos, a análise da hipótese de relativização de vulnerabilidade absoluta se tornará mais acessível. Assevera-se que neste tópico serão analisados os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por fim, as considerações finais aduzindo que o entendimento das Cortes Superiores estão em acordo com o que dispõe o art. 224 do Código Penal, rechaçando a possibilidade de aplicabilidade da presunção relativa.

2. DO DIREITO À DIGNIDADE SEXUAL

2.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DA DIGNIDADE

Ao longo da história muitas foram as conquistas por respeito mútuo e condições que permitissem igualdade entre o ser humano e conseqüentemente o convívio mais civilizado.

Os primeiros a defenderem direitos relacionados à dignidade humana foram os estóicos, uma corrente filosófica estabelecida por Zenão no ano de 155 a.C. Esses ensinamentos filosóficos foram levados da Grécia para Roma, e permitiram a criação de ideias sobre a unidade moral do ser humano além da dignidade humana (COMPARATO, 199, p. 11-30).

Por volta de 1690 a.C., o Código de Hamurabi consagrou diversos direitos inerentes a humanidade. Direitos que envolviam as relações cotidianas no âmbito penal e cível. Possuía um caráter vingativo e por si só não formaria uma sociedade justa nem traria garantias aos direitos que satisfizesse a dignidade humana.

O ápice do conceito de dignidade ocorre com São Tomás de Aquino, em cuja doutrina insere o fundamento no ideal de que a humanidade ao ser criado à imagem e semelhança do Criador, alcança também uma capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana.

Nos dizeres de McCrudden (2008, *apud* Barroso et al., 2012, p. 13), o conceito de dignidade era atrelado ao status pessoal atribuídos a alguns indivíduos ou a determinadas instituições com alto poder. O autor esclarece que o "status pessoal" faz referência a representatividade da posição política ou social, determinada pela titularidade de determinadas funções públicas.

Até o final do século 18, a dignidade não era percebida numa relação direta com os direitos humanos conhecidos no cenário atual, uma vez que naquele momento histórico, a dignidade decorria, em caráter exclusivo, de um dever de respeito, referência e honra aos que possuíam este grande privilégio, inclusive, cabendo aplicações de sanções penais e cíveis em caso de tratamento desrespeitoso.

A partir do século XIII estabeleceu-se progressivamente a distinção entre *officium* (cargo ou função) e *dignitas*, para dela se extraírem importantes consequências jurídicas. Uma pessoa pode ter o atributo pessoal da dignidade, sem, no entanto, exercer cargo algum (COMPARATO, 2006, *apud* PINTO FILHO et al., 2010, p. 12).

No mesmo entendimento declara Costa (2008, p. 22), que a dignidade no século XVIII era considerada como sendo atributo pessoal. Afirma ainda que esta dignidade atrelada ao pessoal decorria da ocupação de cargos públicos, e privilegiavam com estas pessoas com mérito e honra. Pela primeira vez tem-se o conceito de mérito associado à dignidade.

Ainda no século XVIII, mais precisamente após a Revolução Francesa, vemos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esta Declaração serviu de alicerce para o reconhecimento da dignidade humana, passando a consolidar os ideais de igualdade e liberdade (NÉZARD, 1946, *apud* ALTAVILA, et al., 2001, p. 291-292).

Nota-se que somente no século XX houve uma massificação da ideia valorativa da defesa dos direitos humanos, senão vejamos as considerações de Fernandes (2008, *apud* PINTO FILHO et al., 2010, p. 15).

Já diante do Estado Democrático de Direito, é plausível que em nosso ordenamento jurídico, traga em seu bojo um princípio a quem caiba a função de nortear os alicerces de seus ideais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF), atribui-se ao princípio da dignidade humana esta função da aplicabilidade aos demais princípios, pelo qual se tornou inerente à vida humana.

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

- I - a
soberania;
- II - a
cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;

No mesmo sentido, estabeleceu-se que nenhum dos direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna afronte a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana é a viga mestra do ordenamento jurídico brasileiro.

Rahal (2009, p. 18) expõe que a origem de referida norma principiológica remonta à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, mais precisamente em seu artigo 5º, itens 1 e 2, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, e publicada no Diário Oficial da União em 09 de novembro de 1992.

A dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2009, *apud* RAHAL et al., 2009, p. 20).

O autor afirma que se trata de uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A emenda do Resp. Nr. 647.853, publicada no DJU de 06.06.2005, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), complementou a Constituição Brasileira de 1988 ao prescrever a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República:

Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.

Lemos (2007, p. 4) leciona que a dignidade concebida com qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada, como no caso de presos), já que ela existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, diante das inúmeras violações aos Direitos Humanos, decorrentes da evolução histórica da humanidade, podendo ser citados a prática da tortura e demais formas de desrespeito, amparou, possibilitando aos constituintes brasileiros da atual Carta magna, uma maior preocupação no que concerne a justificação da dignidade humana como premissa maior. Por isso, temos configurado em nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade humana como um dos principais fundamentos, qual seja, lecionado no art. 1º, inciso III da referida carta legal.

Amparado pelo período anterior, no qual detínhamos um sistema no qual se apresentava como fiel violador dos direitos fundamentais cita-se o Regime Militar, que em sua vigência ocasionou por demasia desrespeito à dignidade humana.

Para que este ordenamento viesse a garantir a amplitude e plenitude de seus direitos, seria necessária a inserção de algo que, ao menos, pudesse sanar o caráter negativo presente na história.

Sarlet (2015, p. 63-64) leciona com louvor corroborando do mesmo entendimento:

Como já tivemos oportunidade de sinalar, mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar os princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e

garantias fundamentais, que igualmente integram [...] aquilo que se pode [...] denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito [...]

O princípio da dignidade humana encontra-se no núcleo central da Constituição Federal Brasileira de 1988, e esta preocupação consistiu em conceder a este princípio caráter formal e material, que possibilitasse uma integração com os demais princípios. Por este motivo, se afirma ser este princípio, norteador dos demais princípios.

O legislador deixou evidenciado a sua intenção de outorgar os princípios fundamentais, entre os quais, o da dignidade da pessoa humana, a finalidade de embasar as normas jurídicas e alicerçar o entendimento de sua presença em todo o ordenamento jurídico promulgado no cenário brasileiro.

2.1.1 A dignidade moderna

Na atual conjuntura social e jurídica, a dignidade quando conceituado em seu caráter pré-moderno pressupunha a existência de uma sociedade hierarquizada, tendo uma realidade baseada na desigualdade entre as inúmeras categorias de indivíduos que de alguma forma fazia jus a parte constitutiva dos arranjos institucionais.

A dignidade era equivalente à nobreza, implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios. Tendo, portanto, estas premissas como base, não parece correto entender a ideia contemporânea de dignidade humana como um desenvolvimento histórico do conceito romano de *dignitashominis* (BARROSO, 2012, p. 14),

Ainda leciona o autor: “a dignidade humana em sua compreensão, fica assentada sobre o fundamento de que cada ser humano, detém um valor intrínseco, desfrutando de uma posição universal do Universo”.

Por reconhecimento a importância inerente ao princípio da dignidade humana, seja como direito fundamental esculpido em nosso ordenamento jurídico ou para a construção dos demais, é de exclusividade da dignidade a condição *sinequa non* para se identificar materialmente todos os direitos fundamentais do ser humano.

Consagra-se com o novo molde de dignidade, aplicado de forma real na CF/88 a consagração de um princípio com a finalidade de proteger o ser humano sem sua

qualidade de cidadão, não somente isto, como também atrelado a estes os valores sociais, políticos e individuais.

A dignidade é considerada irrenunciável já que nenhum ser humano pode abrir mãos de sua dignidade, qual seja o valor monetário pago para que assim o faça. Em sentido concordante, o caráter inalienável, decorre do fato de não ser possível deixar de lado, ou seja, abrir mão do direito à dignidade, mesmo que este seja um direito constitucional e inerente a si próprio, o mesmo não detém direito de dispor ou alienar a dignidade humana.

A possibilidade de garantia da dignidade humana alcança sua efetividade quando o ser humano de forma ampla e plena tiver assegurados os seus direitos fundamentais, esculpidos em nossa Constituição Republicana de 1988.

3. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DE ACORDO COM A LEI Nº 12.015/2009

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ESTUPRO

Em primeira análise, necessário se faz discorrer sobre a evolução histórica do estupro. Desde muito tempo vê-se a preocupação da sociedade com este tipo penal, alcançando a participação da sociedade atual no combate ao delito do estupro de vulnerável.

3.2 LEI MOSAICA E CÓDIGO DE HAMURABI

Os crimes sexuais causavam certo temor e repugnância desde a antiguidade, sendo reprimidos e severamente apenados. O Código de Hamurabi era severo na aplicação de penas a quem cometesse estupro. Aplicava ao estuprador a pena de morte (PRADO, 2001, p. 194).

Na lição de Bittencourt (2011, p. 42), os povos antigos puniam os crimes, em especial, os violentos, incluindo o estupro. Segundo o autor, o antigo direito romano, após a *Lex Julia de Adulteris* (18 d.C.), fazia distinção entre o adultério e o estupro. O primeiro consistia na união sexual com a mulher casada, enquanto que o segundo, a união sexual com a viúva. Todavia, no sentido estrito, o estupro possui o entendimento como sendo a união sexual realizada de modo ilícito com mulher que não fosse casada.

Para Portinho (2012), o direito romano foi o precursor do direito moderno, sendo bastante decisivo para que houvesse a evolução do direito penal. Nesse período, o crime era punido com pena de morte, por ser considerado um delito abominável.

3.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Com a aprovação das leis pátrias, a infração do estupro foi atenuada. O Código Penal de 1830, trouxe a punição de três a doze anos, somada a obrigação de adoção da pessoa ofendida.

Por volta de 1890, o Código Penal Republicano, esta punição foi atenuada tendo sido lecionado neste caderno jurídico que a todo aquele que cometesse o estupro seria aplicada uma pena de um a seis anos de prisão acompanhado de um dote para a vítima.

Em 1940, o Código Penal definiu o estupro no art. 213 (Título IV, Capítulo I). No art. 224, lecionou o legislador sobre o estupro de vulnerável, estabelecendo que a conjunção carnal com agentes passivos detentores de vulnerabilidade estariam sujeitos a aplicação do tipo penal.

3.4 OS CRIMES SEXUAIS E A REDAÇÃO DA LEI Nº 12.015 DE 2009

Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, com o aprofundamento dos princípios norteadores do Direito Penal, bem como dos delitos previstos no Título “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Várias eram as divergências existentes, sejam doutrinárias e jurisprudenciais no que concerne a possibilidade de se relativizar a presunção de violência anterior a introdução da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, principalmente quando a discussão envolvia menores com idades igual ou inferior a quatorze anos.

O legislador, tentando sanar as divergências apresentadas, criou uma nova figura típica: o estupro de vulnerável. A lei abalizou a regulação de condutas previstas neste novo tipo penal.

Os crimes de estupro e o atentado violento ao pudor, em momento anterior à Lei nº 12.015/2009, eram combinados com a chamada “presunção da inocência”, quando a vítima possuía idade igual ou inferior a quatorze anos. Incluía-se ainda nos casos, os menores alienados, os deficientes mentais ou ainda, aqueles que fossem impedidos de oferecer resistência.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob o nome de “estupro de vulnerável”.

4. ELEMENTO OBJETIVO E SUBJETIVO

Os elementos do tipo, no entendimento de Nucci (2014, p. 826), ensinam que os elementos objetivos do tipo são: ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (executar, realizar) diverso ato libidinoso (qualquer ação que compreenda a obtenção de prazer de cunho sexual) com menor de 14 anos.

A conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher; ato libidinoso compreende-se, nesse conceito, outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral, anal) (CAPEZ, 2012, p. 125).

Destaque para os ensinamentos de Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 1047-1048) que lecionam que por mais que haja total consentimento de menor vulnerável, inclusive com insistência do menor, para que seja realizada a prática sexual, mesmo diante de todas estas circunstâncias, o delito restará comprovado.

Em relação ao elemento subjetivo, há representatividade pelo dolo, ou seja, tomando pela medida em que o sujeito ativo deve ter a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos, preenchendo os requisitos que tipificam o delito

4.1 SUJEITO ATIVO

A Lei nº 12.015/99 inovou fazendo com o estupro deixasse de ser um crime praticado somente pela figura masculina. A partir do advento deste caderno legal, tanto homem quanto mulher passam a compor como sujeito passivo.

Nos ensinamentos de Greco (2014, p. 535):

Tanto o homem quanto a mulher podem figurar como sujeito ativo do delito de estupro de vulnerável, com a ressalva de que, quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar nessa condição.

Ambos os gêneros podem figurar como autores do delito, todavia cumpre esclarecer do caráter imprescindível de que haja a oposição de gêneros para a configuração do núcleo inicial (verbo) do tipopenal, isto é, a conjunção carnal. No que concerne a ocorrência de ato libidinoso diverso não há a imprescindibilidade do primeiro, ou seja, independente da oposição de gêneros, no caso concreto, pode ser o sujeito ativo e o passivo do mesmo gênero.

4.2 SUJEITO PASSIVO

Também inovado, o tipo 217-A do CPB tem como sujeito passivo o indivíduo que se enquadre nas condições de vulnerável, independentemente de seu gênero, quer masculino ou feminino, como aduz Nucci (2014, p. 826), sujeito passivo do estupro vulnerável é “A pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência)”.

Observa-se que está excluído deste rol, desde os primeiros instantes do dia do aniversário aquele que completa seus catorze anos, afastando-se a possibilidade de configurar estupro de vulnerável, podendo restar, eventualmente, outro delito diverso.

Apesar de estarmos focando no fator cronológico deste tipo penal, também é sujeito passivo, aqueles que padecem de enfermidade ou deficiência mental que os privam do discernimento necessário a respeito das questões sexuais.

Nesse caso não há debate da presença da relatividade ou não, uma vez que sempre se apresentará relativa a situação de vítima do sujeito passivo, já que o discernimento necessário para a prática do ato estabelecido pelo tipo penal atribuí que deve ser apurado não unicamente o grau da enfermidade mental ou deficiência mental, todavia também como ela compromete o discernimento do sujeito passivo quanto a prática de atos de natureza sexual.

No mesmo sentido, deve-se verificar, qual outra razão que intervenha no anseio do sujeito passivo, cerceando-lhe apresentar resistência, para que configure o que leciona a parte final do § 1º do tipo analisado.

Importante apenas ressaltar que o antigo art. 224 do CP considerava que a violência era presumida se a vítima tivesse idade igual ou inferior a 14 anos, o que não mais ocorre agora, tendo em vista que se considera apenas o menor de 14 anos. Assim, a conjunção realizada com indivíduo com idade igual a 14 anos não configurará estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), devendo-se comprovar o emprego de violência ou grave ameaça para se possibilitar o seu enquadramento na figura típica do art. 213 do CP.

Finalmente, cumpre assinalar que, de acordo com a nova redação do art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/90, o estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º) é considerado crime hediondo. Antes de tais modificações legais muito se discutiu se os crimes sexuais (estupro e o revogado atentado violento ao pudor) com violência

presumida seriam hediondos, sendo certo que os Tribunais Superiores vinham se manifestando no sentido afirmativo da hediondez de tais delitos.

5 O CONCEITO DE VULNERÁVEL E SUA RELATIVIZAÇÃO

5.1 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para Bilésimo (2007, p. 15) a proteção dada as crianças e adolescentes era segundo seu entendimento discriminatória:

As primeiras legislações brasileiras voltadas para a proteção da infância são consideradas pela doutrina como discriminadoras, uma vez que eram destinadas à proteção das crianças e adolescentes consideradas em situação irregular. É o caso do Código de Menores, instituído pelo Decreto nº. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, também chamado Código Mello Matos, pelo qual se consolidaram as leis de assistência e proteção a menores, vigente até 1979, quando, em 10 de outubro, pela Lei nº. 6.697 foi instituído um novo Código de Menores.

Somente no século XX, é percebido no cenário brasileiro uma mudança na percepção da temática. Os tratados internacionais passam a discutir sobre o assunto, fazendo com que os países, inclusive o Brasil, passassem a discutir e viabilizar normas legais.

5.1.1 Estatuto da Criança e Adolescente

No ano de 1990, o Estatuto da Criança e Adolescente é inserido no ordenamento jurídico brasileiro. É considerado o guardião dos menores que, em desenvolvimento, possui finalidade de amparar o crescimento saudável, nos mais diversos aspectos.

O termo "menor" se analisado de modo mais amplo, na realidade é pouco esclarecedor. Inobstante, o ECA nos termos do art. 2º caput define com propriedade os termos inseridos na CF/88, eis que "criança e adolescente".

Art. 2º Considera-se criança para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Conforme Ferreira (2011, p. 17), o termo criança e adolescente inseridos de forma a privilegiá-los veio da primazia de que devem receber um tratamento diferenciado, como destinatários de absoluta prioridade. Isto pois, preconiza o entendimento de que estes devem receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, como também ter os direitos assegurados com prioridade sobre outros direitos, de forma a garantir uma ordem de privilégio sobre os demais.

De acordo com a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88), que tem base na legislação italiana, adota por sua vez os seguintes vocábulos “criança e adolescente”, reiterado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Senão veja-se:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

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

O artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 estabelece o conceito de criança, considerando a criança como sendo o ser humano menor de 18 anos de idade.

Outro conceito sobre criança e adolescente, vem da Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, datada de 15 de julho de 1989, adotada em Montevideu.

No Brasil, foi promulgada pelo governo através do Decreto nº 1.212, de 03 de agosto de 1994, considerando menores aqueles que não tenham alcançado a idade de 16 anos (art. 2º).

A Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar considera menores todos aqueles que não tiverem completado a idade de 18 anos. Vale ressaltar que foi

promulgada pelo governo brasileiro através do Decreto nº 2.428 de 17 de dezembro de 1997 na mesma data, descreve em seu artigo 2º:

Para os efeitos desta Convenção, serão consideradas menores as pessoas que não tiverem completado a idade de dezoito anos. Sem prejuízo do antes exposto, os benefícios desta Convenção serão estendidos aos que, havendo completado essa idade continuem a ser credores de prestação de alimentos, de conformidade com a legislação aplicável prevista nos artigos 6 e 7.

Martins (2007, p. 604) nos ensina que o termo mais adequado, são realmente, criança e adolescente, já que a criança pode ser compreendida como a pessoa que se encontra numa fase anterior à puberdade. O autor cita que a puberdade consiste no período de desenvolvimento da pessoa.

A utilização da expressão “crianças e adolescentes”, introduzida na CF/88 em seu art. 227, substituindo o termo anterior “menores”, justificou-se pela conotação discriminatória, por expressar algo, pequeno, parcela desprivilegiada da população (de menor), sentido que se tornou incompatível de acordo com as disposições contidas no novo instrumento jurídico que passa a tratar as crianças e os adolescentes como sujeitos merecedores de um tratamento diferenciado. (FERREIRA, 2011, p. 15).

A definição utilizada para criança e adolescente é a seguinte: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (art. 2º).

Mais à frente o legislador, no art. 5º, demonstra um repúdio as formas de atentado aos direitos dos infantes, qual seja, “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos”.

5.1.2 Proteção integral da criança e do adolescente

Com a promulgação da Carta Federal de 1988, as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidas como sujeitos de direitos. Dois anos mais tarde, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e com ele, a consagração dos direitos dos menores.

Firma-se a proteção integral da criança e do adolescente, assegurando a ela direitos fundamentais, impondo à família, à sociedade e à família o dever de assegurar

a garantia desta proteção, corroborando do entendimento do que já dispunha a Carta Magna.

Pode-se enumerar nestes, a questão da proteção integral de crianças e dos adolescentes além da prioridade na formulação das políticas públicas.

Nos ensinamentos de Sposato (2011, p. 43), tem-se:

Dois anos após a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.1990, entra em vigor instrumentalizando os mandamentos constitucionais da prioridade absoluta por meio do que se convencionou chamar de “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, que por sua vez, corresponde a uma síntese do pensamento do legislador constituinte a partir de garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados.

5.2 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

A presunção de violência surge na legislação brasileira no Código de 1980.

Tinha por lição a proteção dos menores de dezesseis anos de idade.

Sessenta anos mais tarde quando do advento do Código Penal de 1940, houve a permanência da proteção, porém foi ampliada a outras pessoas.

Pessoas consideradas frágeis passaram a compor o quadro protetivo. No mesmo diapasão penal, houve redução do limite anteriormente incluído (16 anos) para 14 anos de idade.

Quando da ocorrência dos delitos de estupro e do atentado violento ao pudor, havia a combinação com a figura da presunção de violência, conforme o art. 224.

5.2.1 Presunção absoluta e relativa

As mudanças que emanam com o avanço tecnológico, os costumes que dia a dia tem evoluído, regras que com o passar do tempo deixaram de existir. A questão sexual é tão debatida que não surpreende a ninguém quando há vazamentos de fotos e vídeos de adolescentes nas redes sociais, despidas ou se despindo.

O campo jurídico, dentro deste contexto, não pode ficar à espreita do que ocorre, tendo responsabilidade direta, haja vista que a Justiça e os demais poderes possuem os

meios adequados para viabilizar a resolução dos conflitos sociais que surgem e se apresentam.

Convém asseverar que fazendo referência à jurisprudência, apenas no ano de 1996 o STF considerou a presunção relativa. O *Habeas Corpus* 73.662-9/MG teve como relator o Min. Marco Aurélio, decorrente de ação penal ajuizada pelo pai da vítima estuprada.

Naquele momento e por conta do julgamento iniciou-se um marco, ampliando o poder de interpretação, e viabilizando uma adequação do texto legal ao caso apresentado na ação penal ajuizada. A evolução social dera origem a um novo momento no Judiciário pátrio, enquanto que no Superior Tribunal de Justiça, não se chegava a um entendimento convergente.

Diante da vigência da nova lei, a presunção de violência passou a ser tida por absoluta. Mesmo que haja entendimento diverso por conta do que dispõe o Estatuto da Criança e Adolescente, o legislador penal considerou que no campo sexual, a pessoa menor de 14 anos é frágil e não possui entendimento de proferir de modo válido o consentimento para que o ato sexual e/ou libidinoso ocorra.

Esta mudança tratou de viabilizar uma tentativa de inibir a jurisprudência que trazia consigo a possibilidade de aplicação da relativização da presunção de violência (BITTENCOURT, 2011, p. 85).

A presunção absoluta ou o *iuris et iure*, representa aquela que não admite prova em contrário. Quando se trata de presunção de violência, o Juiz responsável pela sentença do caso, deve condenar o sujeito que praticou o delito, se a vítima estiver incluída no rol previsto no art. 224 do CP:

Art. 224 - Presume-se violência, se a vítima:

não é maior de catorze anos;

é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A legislação anterior à Lei nº 12.015/2009 tinha o entendimento de que o consentimento da vítima era irrelevante para a prática do ato sexual. Entendia-se que não era necessário que fosse demonstrado o emprego da violência física ou da coação moral para o ato sexual, uma vez que a vítima não teria a mínima condição (capacidade) para discernir e validar o ato sexual.

A presunção relativa ou o *ius tantum* em sentido diverso da absoluta. Ela resulta da aceitação da prova em contrário, isto é, a vida progressiva do agente ativo exclui a presunção. Há ainda o entendimento de que na presunção relativa o consentimento do agente passivo corrobora para uma possibilidade de impedir a aplicação da pena.

Não se trata de ampliar o entendimento de que qualquer menor, qual seja, os menores de 10 anos, tenham tal discernimento. Todavia, em cada caso deveria ser observado o objeto do crime e a possibilidade de aplicação da presunção relativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a elaboração deste trabalho acadêmico é possível compreender primeiramente o quão dura é a realidade atual das crianças e dos adolescentes. Mesmo diante de leis que buscam proteger os direitos inerentes ao crescimento saudável, dentre outros, o avanço tecnológico, problemas familiares e sociais, têm incutido um comportamento desordenado nesta geração.

O centro da discussão encontra-se justamente na relativização da presunção de violência. O legislador pretendia proteger os vulneráveis de modo amplo, ocorre que em determinadas ocasiões especiais em que os casos que surgiram não se adequarão à questão de vulnerabilidade que pretendia o legislador, devendo ser estudadas mais amplamente.

Num caráter amplo, o embate do estudo foi necessário para que se alcançasse um melhor entendimento da violência sexual praticada contra as crianças e os adolescentes. Por este motivo, no ano de 2009, por obra de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, a conhecida CPMI, houve a criação da Lei n.º 12.015.

Esta lei originou-se para combater a violência sexual cometida contra crianças e adolescentes. Criou-se nesta oportunidade o tipo penal do art. 217-A do Código Penal, e nele o crime de estupro de vulnerável.

Desde a antiguidade o estupro era tratado com tamanha repugnância pela sociedade, de modo que a pena era "a morte". O estudo jurídico ora apresentado firmou o conhecimento do crime de estupro de vulnerável, tecendo generalidades sobre este tipo penal.

A Lei 12.015/2009 rechaçou a compreensão do art. 224 do Código Penal, de modo que da análise das hipóteses apresentadas a relativização absoluta do estupro de vulnerável é uníssono no Judiciário.

Mesmo a doutrina trazendo o entendimento e defendendo a ideia de que deve ser verificado o *iuris tantum*, aceitando a produção de provas para adequar-se ao caso concreto, bem como verificando se o agente passivo (vítima) consentiu o ato libidinoso ou o ato sexual, a jurisprudência das Cortes Superiores, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) convergem no mesmo entendimento de que não cabe ao Judiciário relativizar a questão, se o caderno jurídico apresenta claramente que a presunção em casos de estupro de vulnerável tem caráter absoluto.

Noutro campo, verificou-se também que a Constituição Federal de 1988 elencou diversos princípios do qual, cabe ressaltar, o princípio da dignidade da pessoa humana, tão comentado, mas até certo ponto, inobservável. A dignidade sexual deve ser amplamente discutida, haja vista que quando se fere este princípio, menores são alcançados da forma mais cruel.

A dignidade da pessoa humana alcança um patamar constitucional que necessita ser valorado a cada momento da história. A liberdade sexual deve ser explorada com quem possua idade para decidir se sim ou se não.

Certo é que o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem conferido decisões no sentido de aplicação da presunção absoluta de violência.

Mesmo que seja perfeitamente cabível que uma pessoa com seus quase quatorze anos completos entenda e até discirna o que representa a conjunção carnal, ato libidinoso e que conheça seu corpo, e ainda, que tenha vontade e queira se relacionar com um parceiro ou parceira, pugna-se pela conclusão que apesar da doutrina largamente aderir ao conceito da presunção relativa, melhor é que as crianças e adolescentes menores de 14 anos, independente de consentimento, não sejam violadas em sua dignidade sexual.

7. REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 9. ed. São Paulo: Ícone, 2001.

AVIZ, Adriana de. **Manual de normatização para trabalhos acadêmicos**. Belém: FIBRA, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

BILÉSIMO, Ana Cristina Askél. A proteção legal do trabalho infantil à luz dos direitos humanos. 2007. 49f. Monografia (Especialização em Direito Civil) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher.

17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8069.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Helena Regina Logo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O estatuto da criança e do adolescente e a educação: direitos e deveres dos alunos**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro** 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade da pessoa humana e as prisões capixabas**. Vitória: Univila, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial como fundamento do estado democrático de direito – um diálogo na busca de uma existência digna. **Revista Direito e Liberdade** – ESMARN, Local de Publicação, v. 14, n. 2, p. 09-28, jul./dez. 2012.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: Evolução Histórica**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

PINTO FILHO, Ariovaldo de Souza. O princípio da dignidade humana na jurisprudência do supremo tribunal federal. 2010. 178f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – UNIFIEO - Centro Universitário Fieo, Osasco, 2010.

PORTINHO, João Pedro de carvalho. **História, Direito e violência: do estupro e atentado violento ao pudor - Aspectos gerais**. Disponível em: <<http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&ID=10>> Acesso em: 05 de abril de 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial: arts. 184 a 288**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.3.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAHAL, Luciano Matheus. O princípio da dignidade humana e o regime disciplinar diferenciado. 2009. 35f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – UNIVEL, Cascavel, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. 2011. 239f. Monografia (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO: EFEITOS DA MOROSIDADE NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL

JOÃO PEDRO OLIVEIRA DOS SANTOS:

Bacharelando do curso de Direito na instituição Universidade Brasil (campus de Fernandópolis/SP)

MÁRCIA KAZUME PEREIRA SATO.
(orientadora).

RESUMO: Ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função jurisdicional compõe o tripé dos poderes estatais. Ao exercer o denominado direito de ação, o autor torna-se credor do Estado, porquanto o direito à jurisdição é direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. Sendo a prestação jurisdicional, portanto, um dever do Estado de reconhecer, efetivar e proteger direitos, quanto mais célere for a sua prestação, mais justa e útil ela será. Com efeito, a mera prerrogativa constitucional de acesso à justiça não garante ao indivíduo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame do magistrado. É necessário que a jurisdição seja entregue com a prestação que o caso concreto lhe impõe. Diante deste cenário, o presente trabalho foi produzido com o intento de demonstrar como a morosidade na entrega da prestação jurisdicional promove a extenuação da eficácia do Poder Judiciário, evidenciando suas possíveis causas e efeitos que repercutem na coletividade, face ao ideal contemporâneo de justiça, elemento subjetivo ao homem comum e, finalmente, evidenciando se há ou não, responsabilidade do Estado pela má execução dos atos judiciais.

Palavras-chave: Morosidade. Prestação Jurisdicional. Responsabilidade Civil. Estado. Jurisdição.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. JURISDIÇÃO: CONCEITO E SUAS CARACTERÍSTICAS; 1.1. Prestação Jurisdicional; 2. ESTUDO COMPARADO: JURISDIÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL; 2.1. Volume processual nos países europeus; 2.1.1. Tramitação processual nos países europeus; 2.2. Volume processual nos países americanos; 2.2.1. Tramitação processual nos países americanos; 3. MOROSIDADE NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL; 3.1. Efeitos da morosidade na entrega da prestação jurisdicional; 4. DIREITO ADMINISTRATIVO: RESPONSABILIDADE DO ESTADO; 4.1. Responsabilidade do Estado pela morosidade na entrega da prestação jurisdicional; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função jurisdicional compõe o tripé dos poderes estatais. É função atribuída a um terceiro imparcial, cujo dever de efetivar o Direito, de maneira imperativa e criativa, a fim de reconhecer, aplicar e proteger aquelas relações jurídicas concretamente deduzidas, se faz em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

O autor, por sua vez, ao exercer o denominado direito de ação, se torna credor do Estado, porquanto o direito à jurisdição é direito público subjetivo, constitucionalmente garantido ao cidadão de exigir do Estado sua prestação. Enquanto que por um lado a prestação jurisdicional é direito fundamental do indivíduo, do outro é obrigação inerente ao Estado.

Não obstante o ostensivo conceito de jurisdição, cumpre consignar que a sentença não extingue o conflito e o Estado-Juiz somente atinge o seu objetivo, isto é, de prestar a jurisdição, quando entrega à parte vitoriosa o bem da vida objeto do litígio. Sendo a prestação jurisdicional, portanto, um dever do Estado de reconhecer, efetivar e proteger direitos, quanto mais célere for a sua presteza, mais justa e útil ela será.

Com efeito, a mera prerrogativa constitucional de acesso à justiça não garante ao indivíduo que haverá a mitigação do conflito na hipótese concretamente posta a exame do magistrado. É necessário que a jurisdição seja entregue com a presteza que o caso concreto lhe impõe.

Em suma, por meio da análise exploratória dos relatórios técnicos obtidos junto aos órgãos reguladores da jurisdição no mundo, será possível concatenar a morosidade na sua entrega ao crescente índice de litigiosidade dos países, sendo, pois, ostensiva a extenuação da eficácia do Poder Judiciário, face às suas possíveis causas e efeitos.

Uma vez concluída a pesquisa no tocante à morosidade da prestação jurisdicional e os efeitos que causam à sociedade, possível será, pois, concluir se há ou não, a responsabilização do Estado decorrente da má execução dos atos judiciais.

1. JURISDIÇÃO: CONCEITO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Ao lado das funções legislativa e administrativa, a função jurisdicional compõe o tripé dos poderes do Estado. Palavra que vem do latim *jurisdictio* (etimologicamente "dizer o direito"), a jurisdição tem por finalidade a pacificação social.

É função atribuída a um terceiro imparcial, que constitui o dever de concretizar o direito material, de modo a reconhecer, efetivar e proteger as situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão não passível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

A jurisdição traduz-se, portanto, na manifestação de um poder (Poder Judiciário) do Estado que se impõe imperativamente, reconstruindo e reaplicando o direito material, de maneira criativa, às situações concretas que são submetidas à exame do órgão jurisdicional.

Os elementos estruturais da jurisdição compõem-se, por sua vez:

De sua inevitabilidade, uma vez dispensável a anuência do demandado para o seu exercício; sua imperatividade, ante sua imposição às partes, independentemente da aceitação destas; sua definitividade, fato que os efeitos das decisões judiciais são imunes à controles externos; por fim, sua criatividade, isto é, através da jurisdição se cria a norma jurídica no caso concreto. (DIDIER Jr.; 2015, p. 153).

1.1. Prestação jurisdicional

Dessa função atribuída ao Estado, isto é, a de exercer o poder-dever de atuar a vontade objetiva da lei, com a finalidade de obter a justa composição da lide, decorre a denominada prestação jurisdicional.

Com efeito, o processo traduz-se em um instrumento de solução imperativa de conflitos, em que o Estado-Juiz, terceiro imparcial e desinteressado e, no exercício da jurisdição, promove sua prestação e tutela. A prestação jurisdicional consiste, pois, na atuação estatal efetiva para solucionar a lide, enquanto a tutela se refere ao provimento da pretensão de uma das partes.

Ainda na linha deste raciocínio, e de acordo com Theodoro Júnior (2002, p. 25),

Quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional.

No entanto, "faz-se necessário o reajuste deste conceito de prestação jurisdicional, para estabelecer que a sentença não encerra a lide, e o Estado-Juiz somente presta a jurisdição quando entrega à parte vitoriosa o bem da vida objeto do litígio". (BARROS; 2000, p. 2).

Ademais, há uma corrente do pensamento jurídico que afirma que a sentença equivale à entrega jurisdição. Hoje, de maneira diversa, se entende que sua prestação não se limita à singela condenação de uma das partes, mas à efetiva satisfação da parte vitoriosa.

Nesse sentido, a crítica a ser feita é a respeito das dificuldades que obstam o Poder Judiciário no desenvolvimento da função de solucionar tais conflitos, porquanto, na prática, a consolidação do direito à jurisdição ocorre de maneira morosa, de modo a não somente prejudicar a perquirição do direito reclamado, mas, também, em algumas vezes, denegando a justiça.

2. ESTUDO COMPARADO: JURISDIÇÃO NO CONTEXTO INTERNACIONAL

O levantamento de dados sobre a atuação da justiça no âmbito internacional se faz muito valioso para refletir a qualidade referente à estrutura, litigiosidade, recursos humanos e espacialização, bem como os resultados quanto à produtividade da justiça no Brasil.

A análise dos dados acerca do Poder Judiciário no Brasil relaciona-se com a crescente reflexão voltada à modernização do Estado, influência de teorias de administração gerencial presentes em outros países com ampla tradição em planejamento, como os Estados Unidos e alguns países da União Europeia.

Há extrema relevância em realizar um estudo comparado entre países, pois, a partir deste, intenta-se concluir, não somente, se a entrega da prestação jurisdicional no Brasil se dá, ou não, de maneira morosa, mas, também, conhecer e distinguir quais os fatores que lhe dão causa e que geram diferença entre a atuação do Poder Judiciário brasileiro e internacional.

2.1. Volume processual nos países europeus

Embora necessário considerar a diferença populacional entre os países, segundo dados oficiais reunidos pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), a Bélgica é o país cuja litigiosidade representa o maior número de novos processos (6,7 novos casos por ano) por 100.000 habitantes, enquanto que a Finlândia representa o menor número, (0,1 novos casos por ano) por 100.000 habitantes, entre os países do continente (CEPEJ; 2020, p. 18).

A média de processos levados à exame das primeiras instâncias da jurisdição europeia, valor obtido por meio da análise de mais de 40 países, é de 2,4 novos processos por ano por 100 habitantes. Assim como na Bélgica, países como a Islândia, Montenegro, Romênia, Sérvia e Israel apresentam taxas de requisição do poder judiciário duas à três vezes maiores que a média continental.

No entanto, curiosamente, não há correlação clara (seja geográfica, econômica, política ou mesmo jurídica) entre os países que experimentam as maiores ou as menores taxas de demandas judiciais.

Enquanto que na Bélgica o Poder Judiciário enfrenta o maior índice de novos processos, em países vizinhos, como Luxemburgo e a Holanda, o número de novos casos estão bem abaixo da média do continente, representando, pelo contrário, suas menores taxas de litigiosidade. (CEPEJ; 2020, p. 21).

Ao lado destes, nos países como Albânia, Áustria, Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia, a cada 100 habitantes, menos de uma pessoa possui alguma ação, de qualquer natureza, ajuizada ao Poder Judiciário.

2.1.1. Tramitação processual nos países europeus

O prazo de tramitação processual será analisado a partir da média de tempo entre sua propositura até a sentença condenatória proferida em primeira instância. Diante dos baixos índices de litigiosidade constantes dos países europeus, em análise geral, a média de tempo de tramitação dos processos judiciais se apresenta relativamente curtos.

Assim como ocorre na maioria dos demais países do globo, nos países europeus, os maiores tempos médios de tramitação processual, segundo dados oficiais, ocorrem nas varas de primeira instância do Poder Judiciário, cujo prazo entre a propositura da ação e a sentença, tratando-se de processos contenciosos cíveis ou comerciais é, em média, de 201 dias, ao passo que os processos administrativos são julgados em 241 dias e, em 122 dias, os processos criminais (CEPEJ; 2020, p. 105).

Já nos tribunais superiores (tribunais regionais de justiça) os resultados são semelhantes, sendo o prazo médio de tramitação processual de 207 dias para os processos contenciosos cíveis ou comerciais, 228 dias para os processos administrativos, e 114 dias para os processos criminais. (CEPEJ; 2020, p. 105).

Curiosamente, entre as instâncias superiores, as Supremas Cortes dos países europeus apresentam, em sua maioria, tempo médio de tramitação processual superior àqueles tribunais regionais. Destarte, esse fenômeno ocorre, igualmente e sem distinção, entre as três espécies processuais, e a razão por trás disso não é clara.

No entanto, a combinação de vários fatores possibilita tal ocorrência, sendo, entre os principais, a dimensão dos tribunais superiores, bem como o número de juízes nomeados para análise de um único caso.

Os menores índices estão registrados para os processos criminais que, combinados em todas as instâncias, tramitam durante o prazo médio de 340 dias até sua baixa definitiva; quanto aos processos contenciosos cíveis ou comerciais, estes tramitam, até sua baixa definitiva, durante 549 dias; e aos processos administrativos, os quais exibem os

maiores prazos de tramitação, percorrem por todas as instâncias judiciárias até sua baixa definitiva no tempo médio de 678 dias. (CEPEJ; 2020, p. 110).

Finalmente, diante da análise dos dados apresentados, é possível concluir que a variação na média de tempo de tramitação dos processos levados ao judiciário dos países europeus decorre, precipuamente, da espécie do caso em questão, e não da instância judiciária.

2.2. Volume processual nos países latino-americanos

Enquanto que os índices de litigiosidade nos países europeus apresentam-se relativamente baixos, o cenário nos países americanos, em especial na América Latina, é um pouco diferente.

Segundo dados oficiais mais recentes, disponibilizados pelo Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA), o Brasil, no ano de 2008, era o país cuja média de novos casos, por 100 habitantes, representava o 3º maior índice entre mais de 10 nações analisadas, atrás, somente, do Chile e da Costa Rica, estando 7,2% abaixo da média calculada. (CEJA; 2010, p. 32).

Embora não se tenha de maneira clara quais razões lhe acarretaram, atualmente, comparado aos índices obtidos à época deste estudo, o cenário do Poder Judiciário brasileiro sofreu profunda transformação.

Enquanto que no ano de 2010, a cada 100 brasileiros, quatro eram litigantes face ao Poder Judiciário, o Brasil possui, atualmente, de acordo com os dados oficiais emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a cada 100 habitantes, 12 novos processos ajuizados anualmente, isto é, índice 200% maior que há 10 anos, época do último estudo realizado. (CNJ; 2010, p. 93).

Ademais, atualmente, o índice de litigiosidade no Brasil ultrapassa todos os demais índices patentes à América Latina. No Chile, por exemplo, país cuja litigiosidade representava o maior índice da década anterior, 2.882.040 processos compunham o acervo sob exame do Poder Judiciário em 2008, 13% a mais que no ano anterior, conquanto que, no Brasil, ao início do ano de 2020, o acervo de processos em tramitação ultrapassava 69 milhões de casos. (CNJ; 2020, p. 93).

Seguindo o índice crescente de litigiosidade no Brasil, a produtividade dos magistrados brasileiros, também, vem sofrendo aumento, face ao crescimento da carga de trabalho nos tribunais. O índice produtivo dos magistrados e dos servidores variaram positivamente nesses últimos anos, em 13% e 14,1%, respectivamente, ou seja, a maior produtividade da justiça brasileira nos últimos 11 anos. (CNJ; 2020, p. 171).

Do mesmo modo em que ocorre nos países do continente europeu, não há correlação clara, seja geográfica, econômica, política ou mesmo jurídica, entre os países que experimentam as maiores ou as menores taxas de demandas judiciais. À época do estudo realizado, no México e em Honduras, os índices de novos processos por 100 habitantes representavam as menores taxas do continente, sendo os únicos países a apresentarem menos de um caso por ano por 100 habitantes.

2.2.1. Tramitação processual nos países latino-americanos

No Brasil, o tempo médio de pendência do processo é maior que o tempo de sua baixa, com poucos casos em que há inversão desse fenômeno.

As maiores médias de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, mais especificamente na fase de execução da Justiça Federal (7 anos e 8 meses) e da Justiça Estadual (6 anos e 9 meses). (CNJ; 2020, p. 178).

Segundo dados oficiais obtidos por meio do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), os tribunais superiores e as justiças Eleitoral e Militar Estadual se destacam por apresentar tempo médio de tramitação processual inferior a 2 anos. Por outro lado, o tempo médio da Justiça do Trabalho aumentou no último ano e, pela primeira vez numa série histórica, foi superior a 3 anos.

Já as justiças Estadual e Federal apresentam tempo médio de tramitação processual de 5 anos e 4 meses, muito acima da média continental. (CNJ; 2020, p. 8).

Agora, ao comparar o tempo médio do recebimento da ação até o julgamento e, pois, decretação da sentença, entre os tribunais do 1º e do 2º grau, isto é, 3 anos e 2 meses nos tribunais de 1ª instância e 10 meses (um terço do tempo médio de tramitação processual nas varas comuns) para os de 2ª instância, revela-se uma das possíveis causas da morosidade da prestação jurisdicional. (CNJ; 2020, p. 180).

Ademais, considerando que em 2010, países como o Chile, Costa Rica, Guatemala e Panamá apresentavam os maiores índices de litigiosidade e que, ainda assim, a duração dos processos postos à exame do Poder Judiciário se apresentava bem abaixo do que é experimentado, atualmente, pelo brasileiro, é possível concluir que a entrega da prestação jurisdicional, no Brasil, de fato ocorre de maneira morosa.

3. MOROSIDADE NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISIDICONAL NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa um dos maiores avanços da democracia no Brasil, pois reconhece a pertinência dos direitos humanos, elevando ao grau de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana e o

acesso à justiça, como direito e garantia de todos os cidadãos, dentre tantas outras inovações.

Sendo a prestação jurisdicional um dever do Estado e, enquanto imposição da vontade deste em substituição à das partes, são necessários meios que a propiciem, de modo a ser entregue em observância aos ditames legais a serem aplicados ao caso concreto.

Segundo Grinover, Cintra e Dinamarco (2010, p. 46) “o processo traduz-se em um instrumento a serviço do direito material”, e, portanto, possui a finalidade de garantir aos litigantes o direito, constitucionalmente garantido, de ação e exceção, de maneira igualitária entre as partes, assegurando-lhes o denominado acesso universal à justiça.

A Constituição Federal de 1988, por se encontrar, imediatamente, voltada aos direitos do cidadão, consagra princípios que constituem o direito à jurisdição, quais sejam os direitos a ser julgado pela autoridade competente (LIII), ao devido processo legal (LIV), o princípio do contraditório e da ampla defesa (LV), a prerrogativa da assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (LXXIV), dentre outros. (CF; 1988, art. 1º, incisos).

No entanto, conforme observado nos itens precedentes, a prática processual leva à conclusão diversa. “Não basta que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame”. (ROCHA; 2010, p. 31)

Pode-se afirmar, portanto, que a jurisdição não tem atingido sua finalidade precípua, isto é, a de pacificar os litígios, isso porque o processo judicial, como instrumento de realização do direito, também não tem exercido sua função primária.

O processo é necessariamente formal, porquanto as suas formas compõem o modo pelo qual as partes têm garantidos os princípios da legalidade e da imparcialidade no exercício da jurisdição. (CF; 1988, art. 5º, LIV).

A participação das partes no processo ocorre por meio de alegações, pedidos, requerimentos, respostas, impugnações, provas, recursos, etc., em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (CF; 1988, art. 5º, LV).

Todos os atos praticados pelas partes do processo, assim como aqueles praticados pelo juiz, demandam tempo, cujo qual, conforme se estende, proporcionalmente diminui a eficácia da função pacificadora da prestação jurisdicional.

Ainda valendo-se dos dados reunidos por meio do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório “Justiça em Números” (BRASIL, 2010), em 2009 o Brasil possuía 6,2 magistrados por 100.000 habitantes, número quase quatro vezes menor

que a média de magistrados em atividade nos países europeus na época. Pode-se dizer que enquanto nos países europeus havia 01 juiz para 4.629 pessoas, no Brasil, 01 juiz prestava jurisdição a 16.129 pessoas, aproximadamente. (CNJ; 2010, p. 23).

Conjugando estes dados àqueles trazidos nos itens precedentes, conclui-se que, não obstante o grande volume de processos, anualmente sujeitos à exame do Poder Judiciário brasileiro, têm-se mais magistrados em atividade nos países europeus, para julgar um número menor de casos novos, do que no Brasil, cuja litigiosidade, inclusive, representa um dos maiores índices do mundo.

Em resumidas palavras, a história demonstra que no Brasil, a jurisdição tem sido realizada apenas de maneira formal, haja vista que a mera concretização do texto da lei não corresponde àquela justiça almejada pelo homem.

Embora no Brasil o índice de processos baixados se mostra acima do índice de novos processos postos à exame do Poder Judiciário (BRASIL, 2020), a necessidade de instruí-los para, então, julgá-los, torna a diminuição do estoque processual dos tribunais uma atividade quase impossível.

Nesse contexto, o fator decisivo para a falta de êxito do Poder Judiciário em solucionar, efetivamente, os casos que lhe são propostos é a alta taxa de litigiosidade.

Essa conclusão é possível na medida em que, enquanto a população brasileira cresceu 1% em 2011, a quantidade de novos casos sofreu um aumento de 7%, em relação ao mesmo período. (CNJ, 2012, p. 140).

A morosidade da prestação jurisdicional é um verdadeiro ciclo interminável e, por esse motivo, não se trata de uma mera crise, pois, "crise continuada não é crise, mas mal crônico que precisa ser erradicado". (NETO; 2008, p. 44).

3.1. Efeitos da morosidade na entrega da prestação jurisdicional

É necessário ajustar e difundir o conceito contemporâneo de prestação jurisdicional para estabelecer que a sentença não encerra a lide e o Estado-Juiz somente presta a jurisdição quando entrega à parte vitoriosa o bem da vida objeto do litígio.

Este conceito resguarda o indivíduo de uma espécie de justiça formal, cuja decisão judicial trata-se de solução simbólica do conflito, ou seja, mera expectativa de que haverá a pacificação da situação litigiosa posta à exame do Poder Judiciário, o que o descredibiliza, pois suprime a sensação de justiça que os tribunais deveriam promover no cidadão.

Ademais, o processo é necessariamente formal e, embora sua formalidade garanta às partes a legalidade e a imparcialidade no exercício da jurisdição, o processo, nas palavras de Didier Jr. (2015, p. 30), “se trata de procedimento complexo”, e, inegavelmente, sua complexidade promove sua lentidão.

Seguindo este raciocínio, a ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia (2010, p. 31), destacou:

A lentidão que a tem marcado é a primeira das observações que se faz acerca da eficiência da prestação jurisdicional no Brasil. Na prática jurídica, a morosidade da prestação jurisdicional tem frustrado direitos, desacreditado o Poder Público, especialmente o Poder Judiciário, e afrontado os indivíduos.

Pode-se dizer, portanto, que a jurisdição não tem logrado êxito em sua finalidade, uma vez que o processo judicial não tem se mostrado um instrumento eficiente à pacificação dos litígios.

4. DIREITO ADMINISTRATIVO: RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Assegurado pelos princípios constantes da Constituição Federal de 1988, especialmente daqueles os quais caracterizam a existência de um direito subjetivo à jurisdição, atinge-se, em consenso, que a responsabilidade do Estado pode ser detectada daqueles atos que causem danos às partes.

A princípio, a teoria da responsabilidade do Estado decorrente da culpa durante a gestão administrativa imperava a matéria. Tratava-se somente da responsabilidade do Poder Público quando comprovado que as suas instituições ou os seus gestores agissem de maneira culposa, por ação ou omissão, ofendendo direitos de terceiros.

Uma vez baseada no elemento humano, caracterizava-se essa teoria de subjetiva, sucedida pela teoria do acidente administrativo. Constata-se essa última a partir dos princípios gerais da continuidade e da perfeição do serviço público, tornando-se, então, obrigação do Estado.

Em síntese, a responsabilidade do Estado, uma vez realizado o serviço público, se manifestará, independentemente de culpa ou de distinção entre aqueles atos de império ou os de gestão, se deles resultar em algum dano ao administrado.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, essa teoria está ilustrada na Constituição Federal de 1988, ao dispor em seu art. 37, §6º, que:

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.

4.1. Responsabilidade do Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional

Há, no entanto, discrepância doutrinária acerca do tema. Existem, no atual ordenamento jurídico brasileiro, condições de preponderância do princípio de que o Estado deve responder pela demora da prestação jurisdicional, desde que fique demonstrada a lesão ao particular.

Ademais, “o serviço público, em tese, tem de se apresentar perfeito, sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento”. (CRETELLA Jr.; 1970, p. 61).

A demora da prestação jurisdicional, por sua vez, constitui serviço público imperfeito, seja por indolência do juiz ou pelo Estado não prover ao jurisdicionado o bom funcionamento da jurisdição. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência se encontram pacificadas quanto a responsabilização do Estado pela falta do serviço ou pela má atuação de seus agentes.

E nesse sentido já lecionavam alguns doutrinadores, como Seabra Fagundes (1981, p. 17), que uma vez, em parecer publicado, destacou:

O administrado quando solicita qualquer manifestação da Administração Pública, o faz tendo em vista as leis vigentes no momento em que requer, e tem o direito de ver a sua pretendo apreciada com base nessas leis e dentro dos prazos nela fixados, ou, na ausência de determinação de prazos, dentro de lapso de tempo razoável. Assim sendo, o administrador nem pode obrigar o procedimento que a lei não impõe, nem pode negar direito que nela se acha enunciado. O não fazer o que deve ser feito por força de lei é tão violador do princípio da legalidade quanto fazer aquilo que a lei proíbe.

Embora a crítica que se faz esteja voltada às deficiências apresentadas pelo Judiciário decorrentes da judicialização dos procedimentos, a responsabilização do Estado pela má execução do serviço público é um conceito derivado do Direito Administrativo.

Reconhecer esta responsabilidade não produz efeitos negativos à soberania do Poder Judiciário, nem provoca qualquer tipo de afronta ao princípio da coisa julgada. Pelo contrário, a responsabilização do Estado pela má entrega da prestação jurisdicional viabilizaria o seu aperfeiçoamento, de modo a agilizar os procedimentos e, por conseguinte, minimizar o acúmulo processual e a carga de trabalho dos magistrados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito tem como uma de suas finalidades a realização do direito dos homens tutelados por seus princípios, disciplinando o comportamento humano face a sociedade e resolvendo as questões conflitantes que dele careçam.

Nas hipóteses de morosidade da prestação jurisdicional, constitui-se a necessidade da criação e do desenvolvimento jurisprudencial, assegurando ao indivíduo prejudicado a reparação pelo Estado decorrente da prática de atos imperfeitos.

A prática forense demonstra que "a morosidade da prestação jurisdicional é um mal processual crônico" Neto (2008, p.44), cuja ineficiência dos serviços judiciais ou indolência dos magistrados não pode mais ser suportada pela sociedade, uma vez que o sistema jurídico brasileiro já tem revelado sinais de que sua ineficiência resulta na deturpação da justiça.

A mera responsabilização do Estado pela má entrega dos serviços públicos já representa um advento ao aperfeiçoamento do judiciário, porquanto simbolizaria a manifestação do inconformismo do indivíduo contra a justiça desvirtuada, emperrada e extremamente burocratizada.

Finalmente, um problema tão complexo não comporta soluções mágicas e tampouco poderia este trabalho, com os limites metodológicos a ele inerentes, oferecer um caminho infalível para o equacionamento da crise da morosidade no andamento dos processos judiciais.

Contudo, é possível concluir que no atual momento, o atraso da prestação jurisdicional refere-se mais à sobrecarga de trabalho do que à negligência dos magistrados brasileiros e, assim, acredita-se que com a discussão de algumas das medidas adotadas pelo Poder Judiciário, como a jurimetria e o gerenciamento de processos judiciais, num futuro não muito distante, possamos ao menos ter uma crise administrada e em escala decrescente, aproximando-nos ao máximo, da efetivação da garantia de acesso universal à justiça e da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Cap XIX, p. 79-81: Presteza das penas.

BÉLGICA. Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) – European Commission For The Efficiency Of Justice. **European Judicial Systems**. Efficiency and Quality of Justice. Strasbourg: CEPEJ, 2020. Disponível em: <<https://rm.coe.int/evaluation-report-part-1-english/16809fc058>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça** (CNJ). Departamento de Pesquisas Judiciárias. Justiça em Números. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/rel_sintetico_jn2009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça** (CNJ). Departamento de Pesquisas Judiciárias. Justiça em Números. Brasília, 2012. Disponível em: <https://docs.google.com/uc?export=download&confirm=no_antivirus&id=0BxR2dZ_NKZKSR1o0VE9rUDhVTU0>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça** (CNJ). Departamento de Pesquisas Judiciárias. Justiça em Números. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Secretaria Geral.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. Cap. 1, p. 30-34: Conceito de processo.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. Cap. 3, p. 153-191: Conceito e características de jurisdição.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FINLÂNDIA. Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) – European Commission For The Efficiency Of Justice. **European Judicial Systems**. Efficiency and Quality of Justice. Strasbourg: CEPEJ, 2020. Disponível em: <<https://rm.coe.int/evaluation-report-part-1-english/16809fc058>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

FRANÇA. Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) – European Commission For The Efficiency Of Justice. **European Judicial Systems**. Efficiency and Quality of Justice. Strasbourg: CEPEJ, 2012. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIETRO, Maria S. Z. Di. **Direito Administrativo**. 31^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

WORLD BANK. **Improving The Performance of Justice Institutions**. Chile: The World Bank, 2010. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTECA/>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

WORLD BANK. **Improving The Performance of Justice Institutions**. Colombia: The World Bank, 2010. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTECA/>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

WORLD BANK. **Improving The Performance of Justice Institutions**. Costa Rica: The World Bank, 2010. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTECA/>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.938 E A CRÍTICA AO ART. 394-A DA CLT

MAIARA DE PAULA MARTINS:
bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil.

RODRIGO FRENCHI BERTOLO
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo tecer uma crítica ao art. 394- A da Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo depois do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938. Para a elaboração da presente pesquisa foi utilizada a revisão bibliográfica em livros, artigos e periódicos. A pesquisa se faz necessária pois é um tema extremamente atual, pois com o advento da Reforma Trabalhista o direito do trabalho foi extremamente modificado, acarretando em quebra de paradigmas e princípios tão importantes para preservar a dignidade do trabalhador. Por uma questão histórica e social, o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação jurídica, para evitar a existência de abusos a essa classe, o Estado precisou interferir nessas relações, para haver o equilíbrio entre partes. A Consolidação das Leis do Trabalho impõe o dever do empregador de proporcionar um ambiente salubre aos funcionários, todavia, com a Reforma Trabalhista houve flexibilização nessas normas, principalmente quanto a atuação das gestantes e lactantes. Como a modificação na legislação que permite às empregadas grávidas e lactantes trabalharem em ambiente insalubre viola a proteção constitucional à maternidade e à saúde, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional trecho do art. 394-A da CLT. Todavia, mesmo após a decisão do plenário, tal dispositivo ainda é deficiente, pois deixa de regular o momento em que as gestantes devem ser transferidas para um setor salubre, bem como fica inerte quanto a execução de atividades perigosas.

Palavras-Chave: Reforma. Insalubridade. Gestante. Lactante. art. 394 -A, inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONTEXTO HISTÓRICO; 1.2. Evolução da legislação trabalhista no mundo; 2. A ATIVIDADE INSALUBRE E A REFORMA TRABALHISTA. 3. A PROTEÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AS GESTANTES E LACTANTES FACE A REFORMA TRABALHISTA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a deficiência do art. 394-A da CLT após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938.

Elaborado através de pesquisa bibliográfica, mais precisamente livros, artigos e revistas científicas, estes serviram como base teórica para a construção do presente trabalho de conclusão de curso. Toda a teoria levantada ao longo do trabalho pode ser comprovada através Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938 julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por isso, no primeiro capítulo será estudado acerca da evolução do direito do trabalho, que consiste em um direito social, que visa garantir dignidade à vida dos trabalhadores, que por sua vez, são a parte hipossuficiente da relação trabalhista.

No segundo capítulo será estudado acerca do que consiste a insalubridade e como este instituto foi modificado pela Reforma Trabalhista. Por fim, no terceiro capítulo, haverá o estudo acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispõe acerca do exercício de atividades insalubres em grau médio e mínimo pelas gestantes com atestado de saúde e a deficiência da redação do art. 394-A da CLT mesmo após decisão do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, sem mais delongas, daremos início ao estudo proposto.

1. CONTEXTO HISTÓRICO

É possível afirmar que o trabalho é tão antigo quanto o ser humano e são tão inseparáveis que se confundem com a própria personalidade deste. Ao longo da história, o ser humano se viu obrigado a praticar determinadas atividades para que pudesse satisfazer suas necessidades básicas, através da alimentação, caça e pesca.

Durante a antiguidade o trabalho era tido como uma espécie de castigo e por muito tempo o termo "trabalho" foi sinônimo de fadiga, esforços, sofrimento e dor. Em razão dos valores negativos atribuídos a tal ofício, os ricos eram poupados das atividades laborais, sendo estes praticados por escravos e servos, assim, na sociedade pré-industrial, os indivíduos dividiram-se em duas classes, uma de senhores e outras de escravos e, este último não era visto como um sujeito de direito, mas como um objeto (OLEA, 1984).

É possível compreender que o trabalho era baseado em uma relação de domínio, onde ao escravo era concedida qualidade semelhante a de um semovente, pois era privado do controle da própria vida, como um incapaz, sem ter acesso ao resultado do seu trabalho.

Já no período do feudalismo, que foi adotado na Europa do século X ao XIII, surgiu o período de servidão, aonde senhores feudais ofereciam proteção militar e política aos

seus trabalhadores, que entregavam parte da sua produção aos senhores feudais em troca de permanência e uso da terra (SILVA, 2018).

Infere-se que no período feudal, o trabalho deixou de ser escravo e passou a ser servil e no início os servos ainda eram vistos como um objeto, porém, com o início da idade média, passaram a ter reconhecida a sua personalidade jurídica.

No século X, aqueles que habitavam os feudos passaram a adquirir mercadorias em feiras e mercados à beira de rios, lagos e mares, tais locais tornaram-se propícios para o intercâmbio de produtos manufaturados ou naturais, os feudos passaram a fornecer alimentos e em troca recebiam mercadorias e objetos fabricados. A comunidade de artesãos e mercadores evoluíram e se tornaram as corporações de ofício (BARROS, 2010).

As corporações de ofício consistiam em um grupo de produtores que tinham o intuito de controlar o mercado e garantir o privilégio dos dirigentes, ou seja, os mestres. Dessa forma, eram divididas em três níveis: aprendizes, companheiros e mestres. Os primeiros eram jovens trabalhadores e os companheiros eram oficiais formados sem condições de se tornarem mestres, pois lhe era vedado tal ascensão, pois os mestres queriam assegurar seus privilégios e garantir que seus sucessores herdassem o título (RUSSOMANO, 1978).

O ápice das corporações de ofício foi no século XIII, porém, no século XV iniciou-se o seu declínio, os abusos praticados pelos mestres tiveram como consequência greves e revoltas dos companheiros, o que favoreceu a transição da sociedade artesanal para o capitalismo mercantil. Todavia, apesar da estrutura hierarquizada, as corporações de ofício representavam certa proteção ao trabalhador (BARROS, 2010).

No ano de 1791 a Lei Chapelier, aprovada no início da Revolução Francesa, em seu art. 7º, aboliu as corporações, pois estas eram tidas como incompatíveis com o ideal de liberdade individual da pessoa. O extermínio das corporações resultou na degradação do trabalhador, que passou a se sujeitar a labores por preço ínfimo e em condições sub-humanas em troca da liberdade contratual (SILVA, 2018).

Nos séculos XVIII e XIX na Inglaterra iniciou-se a Revolução Industrial, que foi posteriormente espalhada por toda Europa e Estados Unidos. O termo utilizado para compreender tal período histórico se refere ao conjunto de transformações técnicas, sociais e econômicas que surgiram com a sociedade industrial (CAVALCANTE, 2003).

Antes da era industrial, o capitalismo tinha um viés comercial através de vias terrestres, marítimas ou coloniais. A Revolução resultou no aumento populacional nas cidades da Europa e conseqüentemente o regime feudal e sua economia de subsistência

se tornaram insuficientes para prover as necessidades da emergente sociedade europeia (SILVA, 2018).

A máquina a vapor substituiu a força humana e a necessidade também foi substituída por pessoas que operassem as máquinas à vapor e têxteis, acarretando na substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo assalariado.

As leis de mercado passaram a ditar as regras econômicas e o Estado não podia intervir nas relações trabalhistas, em razão da premissa da liberdade, a intervenção só poderia ocorrer caso a liberdade estivesse sendo colocada em xeque.

A sociedade industrial resultou no surgimento do trabalho assalariado e com isso o Direito do Trabalho. O avanço da indústria fez surgir duas classes sociais distintas: a proletária e a capitalista. Sendo que a primeira não dispunha de poder econômico, já a segunda classe era formada pelos proprietários das máquinas que detinham o poder econômico; estes ditavam as regras que deveriam ser obedecidas e não se importavam com a integridade física dos trabalhadores (CAVALCANTE, 2003).

Era exigido dos trabalhadores jornadas excessivas de trabalho com baixa remuneração; as mulheres e crianças eram exploradas, pois consistiam em mão de obra mais barata; além de que os acidentes de trabalho era algo corriqueiro (GARCIA, 2008).

Tais mazelas em âmbito laboral são resultado de uma política liberal do Estado, com intensa valorização da igualdade formal, o que resultou em uma exploração imensurável do trabalho assalariado. Em contraposição a essa política, os trabalhadores reivindicavam por uma legislação que pudesse protegê-los, regulando a segurança e higiene no ambiente de trabalho; proteção ao labor do menor; o trabalho da mulher; limite para jornada de trabalho durante a semana; fixação de um salário mínimo dentre outros direitos (CAVALCANTE, 2003).

Após o século XIX, as associações de trabalhadores passaram a ser reconhecidas e começaram a reivindicar seus direitos através do movimento operário que contribuíram para formação do Direito do Trabalho. Dessa forma, é possível compreender que em um primeiro momento houve o advento de um Direito Coletivo do Trabalho impulsionado pela consciência de classe e, posteriormente um Direito Individual do Trabalho (GOMES, 1971).

O Direito do Trabalho surge pela necessidade da intervenção estatal nas relações trabalhistas, como forma de tentar encontrar um equilíbrio entre capitalismo e trabalho, através da criação de normas que dispusessem sobre as condições laborais, visando a igualdade material entre o detentor dos meios de produção e o trabalho do hipossuficiente (CAVALCANTE, 2003).

Portanto, diante de todo o exposto é possível perceber que o trabalhador sempre este em posição de desvantagem face ao seu senhor ou empregador, por conta disso, foi necessário que o Estado, antes inerte face as mazelas trabalhistas, interferisse em tal seara, de modo a favorecer a igualdade entre partes através da edição de normas que favorecem o empregado, concedendo dignidade para este exercer sua função.

1.2. Evolução da legislação trabalhista no mundo

Ao longo da história foi possível perceber que por anos o trabalhador foi explorado, assim, demorou para que este tivesse seus direitos reconhecidos pelo Estado, sendo cada conquista preciosa para a classe.

Foi no ano de 1802 na Inglaterra que surgiu a primeira lei trabalhista, denominada como "Moral and Health Act", que em tradução livre significa "Ato da Moral e da Saúde", este proibia o trabalho de crianças e adolescentes em período noturno e com duração superior a 12 horas diárias. Já no ano de 1813 houve a proibição do trabalho de crianças e adolescentes nas minas. Em 1839 a Alemanha editou normas sobre o trabalho da mulher e do menor (SILVA, 2018).

A partir do "Moral and Health Act" o Estado começou a se preocupar com as condições de trabalho de crianças e adolescentes em ambiente insalubre, o que foi fundamental para abrir outras portas para a melhoria das condições dos trabalhadores.

Entre 1848 e 1890 foi um período de efervescência para o Direito do Trabalho, com a publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels e a implantação do primeiro seguro social da história Alemã no ano de 1883. Conseqüentemente, no ano de 1890, houve a realização da Conferência Internacional de Proteção ao Operário.

No ano de 1891, na Itália, o papa Leão XIII divulgou a Encíclica Rerum Novarum, que requeria a adequação da igreja e da sociedade para remunerar de forma justa os trabalhadores.

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aconteceu no ano de 1919, e existe até a presente data e tem realizado excelente trabalho no papel de universalizar o Direito do Trabalho (SILVA, 2018).

No mesmo sentido, o Tratado de Versalhes no ano de 1919 preconizou nove princípios relativos à regulamentação trabalhista, dando início a atividade legislativa dos Estados de forma a beneficiar os operários.

No artigo 427 do tratado em supracitado, não se admite que o trabalho seja visto como mercadoria, assegura que a jornada de trabalho seja de 8 horas, repouso semanal,

salário mínimo, concedendo o direito de sindicalização, igualdade de salário para trabalho de igual valor e dispensa de tratamento especial ao trabalho da mulher e do menor (CAVALCANTE, 2003).

Ainda em 1919, a Europa começou a constitucionalizar o Direito do Trabalho, tendo início com a Constituição alemã de Weimar, que acabou influenciando outros países a positivar direitos sociais, inclusive o Brasil.

As mudanças nas estruturas laborais que aconteceram na Europa influenciaram o Brasil. Com a abolição da escravatura e proclamação da República, o Brasil passou a viver um período liberal em âmbito trabalhista.

Os imigrantes de origem italiana, portugueses e espanhóis trabalhavam nas fábricas em São Paulo e no Rio de Janeiro, porém, eram extremamente explorados em seu ambiente de trabalho (SILVA, 2018).

No ano de 1824 a Constituição Federal assegurou a liberdade do trabalho e extinguiu corporações de ofício. Em 1830 houve a promulgação da primeira lei que regulamentava o contrato por escrito acerca da prestação de serviço celebrado por brasileiro ou estrangeiro dentro do Império. E, em 1837 fora criada uma norma que dispunha acerca de contratos de prestação de serviços entre colonos, que dispunha sobre justas causas de ambas as partes (MORAES FILHO, 1995).

Já em 1850 houve a criação do Código Comercial, que dispôs acerca de salários, indenização para empregados, relação de justa causa, aviso prévio, dentre outras normas. No ano de 1891 fora promulgada uma Lei que proibia no Distrito Federal o trabalho de menores de 12 (doze) anos, salvo a título de aprendiz entre os oito e doze anos (MORAES FILHO, 1995).

Em 1903 houve a criação de lei que dispunha acerca da sindicalização dos profissionais de agricultura e no ano de 1916 entrou em vigor o Código Civil, onde havia um capítulo que regulamentava a prestação de serviço dos trabalhadores. Entre 1919 e 1923 houve a criação da Lei Elói Chaves, que dispunha acerca da estabilidade dos empregados ferroviários que contassem com mais de dez anos de serviço junto ao mesmo empregador (BARROS, 2010).

No ano de 1930, houve a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com o intuito de prestar amparo aos trabalhadores nacionais, seis anos depois, através da Lei nº 185 de 14 de janeiro de 1936, houve a instituição do salário mínimo.

E, no dia 1 de maio de 1939 através do Decreto Lei nº 1.237 houve a instituição da Justiça do Trabalho, tendo como órgãos as Juntas, os Conselhos Regionais do Trabalho e

o Conselho Nacional do Trabalho, sendo os dois últimos alterados em 1946 para Tribunal Regional do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho.

No ano de 1943 houve a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas, que dispõe sobre o direito individual do trabalho, direito coletivo e também sobre processo.

Finalmente, no ano de 1988, houve a promulgação da Constituição Federal atualmente vigente, tendo como essência o Estado Democrático de Direito, assegurando a perpetuação dos direitos sociais.

A Carta Magna prevê a redução da jornada de trabalho de 48 para 44 horas semanais, implantação do fundo de garantia para todos os trabalhadores, criação de indenização nos casos de dispensas arbitrárias, férias remuneradas, licença gestante de 120 dias dentre outros direitos que asseguram a dignidade do trabalhador.

Ademais, o art. 6º da Constituição Federal de 1988, prevê como direitos sociais a educação, saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Os direitos acima listados são de cunho social, o que representam prestações positivas que devem ser proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta, de forma a possibilitar melhores condições de vida aos mais vulneráveis.

O modelo Constitucional vigente de Estado Democrático de direito converge para a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III. Assim, o trabalho, ao ser categorizado como direito humano fundamental por estar posicionado no rol de direitos sociais requer que sua exteriorização seja marcada pela dignidade (DORONCHO, 2012).

Importante registrar que o trabalho digno é compreendido como aquele que se desenvolve dentro dos parâmetros estabelecidos para um trabalho humanizado; e poucas relações são tão propícias à manifestação da desigualdade a saúde do trabalhador, quanto àquelas entabulados no curso de uma relação de trabalho subordinado, por essa razão, é tão importante a intervenção do Estado nas relações laborais (BRITO FILHO, 2004).

Portanto, diante de todo o histórico apresentado, lento foi o desenvolvimento do direito do trabalho e graças a Carta Magna, o ambiente nas relações de trabalho tem o dever de transferir dignidade ao indivíduo, protegendo o mesmo contra todo e qualquer ato degradante e desumano, de forma a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

2. A ATIVIDADE INSALUBRE E A REFORMA TRABALHISTA

Em um mundo ideal o ambiente de trabalho deveria ser sempre saudável e seguro para preservar tanto a saúde física quanto a mental dos trabalhadores, afinal, muitos deles passam a maior parte do seu dia naquele local. É por isso, que o art. 157 da CLT obriga o empregador a resguardar seus empregados dos riscos que podem ser causados pela atividade profissional.

Ocorre que, nem sempre isso é possível e os trabalhadores precisam desempenhar atividades que podem prejudicar a sua saúde, denominada como insalubres, ou que possam colocar em risco a integridade física do trabalhador por serem perigosas.

A preocupação com a degeneração da saúde do trabalhador não é algo recente, pois remonta ao século XVIII, quando se percebeu que a debilidade da saúde dos empregados tinha relação com a exposição a produtos químicos, poeira, metais, dentre outros agentes inseridos no ambiente de trabalho (RAMAZZINI, 2000).

A ideia acerca da insalubridade passou a existir com a medicina urbana, na França, com destaque a organização do ambiente das cidades e suas doenças. Foi nesse contexto que surgiu a medicina da força de trabalho como complemento aos demais ramos médicos, de forma a se adequar ao novo modo de produção capitalista (FOCAULT, 1979).

Conforme já informado no início desse tópico, como o contrato de trabalho é uma relação complexa, é obrigação do patrão proteger os seus empregados. E, do ponto de vista da dignidade humana do trabalhador, inúmeras são as referências constitucionais à saúde ocupacional (DALLEGRAVE NETO, 2007).

A partir do momento que se constata que o desempenho de determinada atividade é perigoso ou insalubre, o legislador deve eleger algumas condutas como o aumento da remuneração para compensar o desgaste do trabalhador, a redução da jornada de trabalho e a proibição do exercício de tal atividade.

No contexto brasileiro, o legislador optou pela criação do adicional de insalubridade através da Lei nº 185 de 1936, sendo que o dispositivo permitia que o salário mínimo dos trabalhadores que operassem em atividades insalubres fosse aumentado até a metade.

Após a entrada em vigor da CLT em 1943 o art. 189 definiu como atividade insalubre aquelas atividades ou operações que possam expor os trabalhadores ao desgaste de sua saúde através do contato de agente nocivos acima dos limites de tolerância permitidos em razão da natureza, intensidade e tempo de exposição.

Em 1988 a Constituição Federal reconheceu o adicional de remuneração para atividades insalubres, percebendo-se que o constituinte optou por monetizar o risco, fixando o pagamento do adicional de insalubridade, o qual detém natureza de salário-

condição e não é incorporado à remuneração. Por isso, só é devido enquanto existir a situação que respalda o recebimento do acréscimo.

Por se tratar de matéria técnica de higiene ocupacional, é competência do Ministério do Trabalho e Emprego aprovar o quadro de atividades e operações insalubres, bem como adotar normas acerca dos critérios de caracterização da insalubridade, bem como os limites de tolerância, formas de proteção e tempo máximo de exposição do empregado a tais agentes, conforme o art. 190 da CLT (DARONCHO, 2012).

Ao observar Consolidação das Leis do Trabalho, em um primeiro momento o legislador definiu as situações em que deveria ser caracterizada a insalubridade, de forma a justificar o valor do correspondente adicional, sendo que somente depois se preocupou com a possibilidade em eliminar ou neutralizar tais efeitos, por conta do efeito econômico (DARONCHO, 2012).

Com a Constituição de 1988, é possível perceber que houve a inversão dos valores por conta da compreensão e regulação dos fenômenos. No art. 7º, inciso XXII, o constituinte em primeiro plano dispôs sobre a redução dos riscos inerentes ao trabalho através das normas de saúde, higiene e segurança; e, somente no inciso seguinte, o XXIII, que a Carta Magna mencionou o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas nos termos da lei (OLIVEIRA, 2011).

Cabe informar que não se trata somente de uma mudança topográfica, pois o adicional de remuneração vem depois das disposições gerais do Preâmbulo, dos Princípios, Direitos e Garantias de cunho fundamental, o que significa que a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho e da saúde estão acima de qualquer recompensa monetária, demonstrando primazia a dignidade do trabalhador (DARONCHO, 2012).

Entre a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho e da Constituição Federal de 1988, foi aprovada no ano de 1983, a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada em 1992 pelo Brasil dispendo acerca da prevenção de doenças ocupacionais. No art. 3º da referida convenção definiu-se como saúde no trabalho não somente a ausência de afecções ou doenças, mas também elementos físicos e mentais que possam afetar a saúde e se relacionam à segurança e higiene no trabalho (DARONCHO, 2012).

É possível afirmar, que a referida convenção prevê a possibilidade da exposição simultânea a várias substâncias ou agentes, definindo que os trabalhos prestados em condições insalubres não deveriam existir, mas no caso existirem, devem se submeter ao controle da autoridade competentes.

O direito do trabalhador de receber o adicional de insalubridade de acordo com a Norma Regulamentadora de nº 15, da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego está condicionado ao preenchimento de quatro requisitos: realização de perícia do ambiente de trabalho por profissional, previsão do agente insalubre na Norma Regulamentadora supracitada; extrapolação dos limites de tolerância elencados pela Norma; e ausência de medidas que elidam a insalubridade como a adoção de equipamentos de segurança individual.

Insta informar que os limites estabelecidos por essa norma se baseiam em estudos que especificam os níveis de agentes agressivos que são prejudiciais à saúde (BROGES; ALMEIDA, 2018).

Todavia, com as alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, acarretadas pela Lei nº 13.467/2017 popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, houve significativa mudança face a insalubridade.

O projeto da referida lei promulgada sequer foi objeto de debate social com a participação dos setores interessados e de acordo com a Nota Técnica nº 7 do Ministério Público do Trabalho, entre a divulgação do relatório e a aprovação do Projeto de Lei na Câmara, foram somente 26 horas de debate parlamentar (BROGES; ALMEIDA, 2018).

Trata-se da maior mudança que a Consolidação das Leis Trabalhistas sofreu, paradigmas foram substituídos e regras dogmáticas foram alteradas, o que modificou totalmente a realidade do direito do trabalho. Ao todo foram 106 alterações promovidas pela reforma, sendo que somente 3,77% foram benéficas aos trabalhadores, enquanto 65,09% beneficiam diretamente empregadores e empresas, o que foge totalmente do propósito de existência das leis trabalhistas (LISBÔA; MUNHOZ, 2018).

O art. 192 da CLT, prevê que o adicional de insalubridade pode ser de 10%, 20% ou 40%, dependendo do seu enquadramento em grau mínimo, médio ou máximo. No entanto, a Reforma Trabalhista alterou o art. 611-A, inciso XII, e afirmou que a convenção coletiva e o acordo prevalecem sobre a lei quando dispuserem sobre o enquadramento do grau de insalubridade, tal mudança abre a possibilidade de negociação quanto a esse direito do trabalhador, concedendo as negociações supremacia face a Lei.

Conforme informado acima, o art. 190 da CLT ainda determinou que o Ministério do Trabalho deverá aprovar o quadro das atividades e operações insalubres, adotando normas acerca de critérios de caracterização da insalubridade, bem como os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a tais agentes.

Através do art. 611-A, inciso XIII, a reforma permitiu o aumento da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho.

Todas essas alterações trazidas pela Reforma Trabalhista representam um total desrespeito não só a integridade física e mental do trabalhador, como também uma indiferença a toda a história do direito do trabalho, que demorou séculos para lograr igualdade material aos trabalhadores que são hipossuficientes.

Outro ponto da insalubridade que também sofreu alteração com a reforma é que anteriormente era vedado a mulheres grávidas ou em período de amamentação o trabalho em condições insalubres ou em período de amamentação. Tal dispositivo ia de encontro com o art. 6º da Constituição Federal supracitado.

Dentro da CLT existe uma seção específica que visa regulamentar os direitos e a proteção à maternidade, sendo que até a vigência da reforma trabalhista, constava no art. 394- A, a proibição do trabalho em condições de insalubridade por gestantes ou lactantes, devendo a trabalhadora ser realocada para exercer suas atividades em local salubre. Com as alterações causadas na CLT e com o advento da nova legislação trabalhista, o artigo anteriormente citado passou a ter a seguinte redação:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; I

II - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

É possível perceber que a Lei 13.467/2017 contrariou totalmente a exigência de tutela à saúde da trabalhadora grávida ou lactante, possibilitando que as mesmas executem atividades classificadas em graus mínimo e médio, excluindo-se somente as atividades em grau máximo. O referido dispositivo em seus incisos prevê a possibilidade de afastamento da trabalhadora somente nos casos em que apresente atestado de saúde.

Portanto, diante de todo o exposto é possível compreender que o legislador brasileiro optou por monetizar a exposição dos trabalhadores em situações de risco, e que antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, havia toda uma cautela com a saúde do trabalhador, pois o empregador era obrigado a seguir as determinações do Ministério do Trabalho. Agora, pós Lei 13.467/17, o legislador deixou a cargo do empregador a decisão sobre tempo de exposição de seus empregados a agentes insalubres e liberou a exposição das gestantes e lactantes ao exercício de atividades que podem desenvolver patologias.

3. A PROTEÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AS GESTANTES E LACTANTES FACE A REFORMA TRABALHISTA

Diante de toda a situação acarretada pelo advento das modificações na legislação trabalhista, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938.

A referida ação contestou a constitucionalidade do trecho do dispositivo 394 -A que dispõe que: “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, ou seja, os incisos II e III da Consolidação das Leis do Trabalho, que foram introduzidos pela Lei 13.467/17.

A autora da ação afirmou que a norma em questão torna vulnerável os dispositivos que versam acerca da proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido, tutelados pelos arts. 6º, 7º, inciso , XXXIII, 196, 201, II, e 203, I, da Constituição Federal.

A Confederação ainda aduziu que o dispositivo 394-A viola a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, além de ferir o objetivo de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais regionais, o valor do trabalho humano, a existência digna e ao meio ambiente equilibrado e a vedação do retrocesso social (ADI 5938, 2019).

Durante o debate, o plenário da Suprema Corte decidiu declarar inconstitucional a norma alterada pela legislação trabalhista, ao afirmar que:

“A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.”

Apesar de louvável a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, que em sua decisão visou proteger não somente a vida e saúde da trabalhadora gestante como também a vida e a saúde física e mental do nascituro desde a concepção até o fim da lactação. A falta de regulamentação da citada norma, apontando de que forma o

dispositivo celetista deve ser aplicado resulta em apreensão às empregadas gestantes ou lactantes e aos empregadores.

A legislação não estabeleceu o início do afastamento da empregada gestante, tendo em vista que os prejuízos causados à saúde do nascituro ocorrem logo nos primeiros meses de gestação.

Os efeitos da exposição materna sobre o desenvolvimento do conceito depende da época em que ocorre, tendo em vista que antes da implantação, ou seja, do dia seis ao sete e meio após a concepção, ou o embrião não é afetado pela exposição insalubre, ou esta resulta na morte.

Ademais, a possibilidade de exposições pré-implantação pode causar malformações congênitas. As dismorfologias são produzidas por exposições que ocorrem durante o período de embriogênese, no primeiro trimestre, quando a estrutura básica do corpo e seus órgãos é formada. Já no período de maturação fetal se prolonga até o parto e os efeitos mais frequentes estão relacionados ao retardo do crescimento intrauterino e as deficiências funcionais, tais como as neurocomportamentais que aparecem após o nascimento (PAUMGARTTEN, 2013).

Por isso, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade do referido dispositivo, ainda é possível tecer uma crítica ao art. 394-A da CLT.

O fato de o referido artigo não determinar a partir de qual momento deve ocorrer o afastamento da empregada gestante ou lactante da exposição a atividades insalubres, ainda sim coloca nascituro em risco.

Ademais, o legislador esqueceu de mencionar as trabalhadoras que exercem atividades em condições perigosas, pois se de um lado o trabalho que é exposto a agentes insalubres provoca danos à saúde do empregado com o decorrer do tempo, funções que envolvem contato com agentes perigosos como inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, por exemplo, colocam em risco iminente a vida da trabalhadora e também do feto (PEREIRA, 2017).

No que tange as atividades desenvolvidas em condições perigosas, o tempo de exposição ao agente é indiferente, pois o risco é iminente, pois um sinistro pode ocorrer a qualquer momento, basta que ocorra um único evento para acarretar em incapacidade laboral, invalidez ou morte do empregado (PEREIRA, 2017).

Por isso, não existem argumento lógico para deixar de tutelar a saúde e integridade física das empregadas gestantes que executam atividades perigosas.

Portanto, diante de todo o exposto é possível compreender que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter decidido pela inconstitucionalidade do trecho do dispositivo 394- A, a legislação trabalhista ainda se encontra deficiente, tendo em vista que deixou de regular o momento em que deve ocorrer o afastamento da gestante e lactante no exercício de atividades insalubres, bem como deixou de fazer a mesma previsão para trabalhadoras que executam atividades com grau de periculosidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo estudado é possível compreender que o desenvolvimento do direito do trabalho foi lento e que por muitos anos tanto a integridade física quanto psíquica do trabalhador fora desrespeitada. Graças a Carta Magna, o ambiente nas relações de trabalho passou a ter a obrigação de transferir dignidade ao indivíduo, protegendo o mesmo contra todo e qualquer ato degradante e desumano, de forma a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável

Em um mundo ideal o ambiente de trabalho deve ser sempre saudável e seguro para preservar tanto a saúde física quanto mental dos trabalhadores, afinal, muitos deles passam a maior parte do seu dia naquele local. Todavia, nem sempre é possível possibilitar a todos os trabalhadores que efetuem suas atividades em ambientes salubres, por isso, o legislador brasileiro optou por monetizar a exposição dos trabalhadores em situações de risco, e que antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, havia toda uma cautela com a saúde do trabalhador, pois o empregador era obrigado a seguir as determinações do Ministério do Trabalho.

Com o advento da Lei 13.467/17, o legislador deixou a cargo do empregador a decisão sobre tempo de exposição de seus empregados a agentes insalubres e liberou a exposição das gestantes e lactantes ao exercício de atividades que podem desenvolver patologias tanto para si quanto para sua prole.

Diante de toda a situação acarretada pelo advento das modificações na legislação trabalhista, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938.

A referida ação contestou a constitucionalidade do trecho do dispositivo 394 -A que dispõe que: "quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu pela inconstitucionalidade de tal dispositivo, tendo em vista que a proteção à maternidade e a integral proteção à criança

são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico.

Todavia, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, ainda sim a legislação trabalhista continua carente, tendo em vista que, deixou de regular o momento em que deve ocorrer o afastamento da gestante e lactante no exercício de atividades insalubres, bem como deixou de fazer a mesma previsão para trabalhadoras que executam atividades com grau de periculosidade.

Portanto, além da declaração da inconstitucionalidade do trecho do art. 394-A, muitos outros dispositivos ainda precisam passar pelo mesmo processo, além de que, muitos outros ainda precisam ser regulamentados, para que seus efeitos influenciem diretamente na dignidade e saúde do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, 05 out.1988.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943.

BRASIL. **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 13 jul. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo : LTr, 2004.

BROGES, Ana Elisa de Vargas; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. Adicional de insalubridade: mudanças com a reforma trabalhista 2018. **Justiça & Sociedade**, v. 3, n. 1, 2018.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**, 2. ed. São Paulo : LTR, 2007.

DORONCHO, Leomar. **Saúde laboral – o Adicional de Insalubridade e o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido**. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.1, n.1, jan./jun. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

LISBÔA, D.; MUNHOZ, J. L. (Org.) **Reforma Trabalhista: comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo**. São Paulo: LTr, 2018.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

OLEA, Manoel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1984.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. rev. E atual. São Paulo: LTr, 2011.

PAUMGARTTEN, Francisco José Roma. **Doenças da reprodução e malformações congênitas relacionadas com o trabalho**. In: MENDES, René (organizador). Patologia do trabalho. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.

PEREIRA, Maria Da Conceição Maia. **VISÃO CRÍTICA DO ARTIGO 394-A DA CLT:**

Proibição do trabalho da gestante ou lactante em ambiente insalubre. Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação stricto sensu em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Belo Horizonte, 2017.

RAMAZZINI, B. As doenças dos trabalhadores. São Paulo: Fundacentro, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: LTr, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Paula Jaeger da. Evolução histórica do direito do trabalho. **Revista Eletrônica Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 18, nº 1360, 01 out. 2018.