

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1091

(Ano XIV)

(01/06/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Os direitos dos povos indígenas

Categoria: Constitucional

Benigno Núñez Novo, 09.

ARTIGOS

A teoria do direito de Ferrajoli: importância no estado constitucional de direito

Aurea Maria de Carvalho, 17.

Direito à privacidade e crimes digitais: uma análise da proteção jurídica no ambiente virtual na legislação brasileira

Stefalyne Pereira do Nascimento e Patrícia Macedo de Carvalho, 26.

Não calarão: a política de tentativa de esquecimento no processo de redemocratização do Brasil

Flavia Augusta Rodrigues Garcia, 43.

Análise da proteção jurídica no ambiente virtual na legislação brasileira

Patrícia Macedo de Carvalho e Stefalyne Pereira Do Nascimento, 48.

As peculiaridades do contrato de trabalho do treinador profissional de futebol no Brasil

Paulo Henrique Silva Pinheiro e Rui Barbosa de Carvalho Santos, 63.

Crimes cibernéticos: no mundo durante a pandemia covid-19 e seus impactos

Joslaine Redivo, 81.

O aumento de crimes virtuais durante a pandemia da covid-19

Wdson Rogério Cardoso, 92.

A perda do tempo útil caracterizadora do dano moral

Edielli da Silva Rezende, 111.

O perfil criminal e psicológico do serial killer

Kelly Krystinny Cavalcante dos Santos, 129.

A concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente no regime da separação convencional de bens.

Mateus Almeida da Cunha, 147.

A possibilidade de responsabilização civil dos praticantes da alienação parental do idoso

Heráclito Ferreira da Fonseca Neto, 166.

Aumento da violência doméstica contra a mulher na pandemia e a diminuição das denúncias

Marie Saito de Souza, 184.

O impacto gerado pelos usuários de drogas nos crimes contra o patrimônio

Gabriela Dutra Batista, 198.

Direito ao adicional de insalubridade dos motoristas de ônibus na cidade de Manaus

Taynara Cascaes Abensur, 208.

Assédio sexual e moral contra a mulher no ambiente de trabalho

Alexandre Vitorio Andrade de Arruda, 224.

Admissibilidade da prova ilícita no processo civil e a teoria dos frutos da árvore envenenada

Laíne Kayele Melo de Moura Saiki, 242.

A mediação e conciliação como efetivação do direito à pensão alimentícia e manutenção familiar em um aspecto global

Ana Laura Rodrigues Albino, 270.

O voto impresso no Brasil e suas perspectivas jurídicas: estudo de caso do projeto de Lei nº 1.175/2015

Gustavo Henrique da Silva, 285.

Análise da extorsão digital no ordenamento jurídico brasileiro

Joaquim Rodrigues de Souza Santos, 301.

Crime de estupro: a relevância da prova técnica na sua apuração

Misma Jylly Raimundo Sousa, 312.

A importância dos benefícios fiscais em face da Pandemia de Covid-19: Uma análise sobre os impactos de programas fiscais na economia brasileira

Nicole Santos Lima, 328.

O atleta futebolístico e as fraudes nos direitos de imagem

Vitor de Araújo Costa, 141.

Psicopatia no Direito Penal

Lara Vieira Colombo, 346.

A ineficácia e a má utilização da lei

Anthony Gregory Farias Rodriguez, 358.

O tempo no contrato de trabalho

Mariana Araujo Verri Loureiro, 366.

Justiça restaurativa: aplicação da justiça restaurativa em casos de violência contra mulher

Camila Libório da Costa Dias, 386.

A expansão do teletrabalho na Justiça Federal da Primeira Região e o direito à desconexão

Andréia Maria da Fonseca Teixeira, 398.

As ouvidorias dos tribunais de contas e a aproximação dos controles externo e social na gestão democrática dos recursos públicos no Brasil

Mariana Araujo de Souza, 418.

Legítima defesa: exclusão de ilicitude

Diogo Butel Costa, 444.

Lei Maria da Penha e lei do feminicídio: reflexos da violência doméstica no Brasil

Brenda Andrade de Sousa, 461.

A quebra da cadeia de custódia e os impactos à justiça criminal

Evailton da Costa Santos e Buenã Porto Salgado, 476.

O contrato de trabalho intermitente como forma de precarização da relação de emprego

Angely Costa Demarqui e Murilo Braz Vieira, 493.

Princípio da afetividade e novos arranjos contemporâneos: as novas entidades familiares à luz do direito de família e sua concretização na sociedade contemporânea

Daiana Silva do Nascimento, 507.

Os princípios norteadores dos juizados especiais cíveis e o acesso à justiça
Beatriz Gurgel Reis, 524.

Guarda compartilhada - a eficácia da medida no combate à alienação parental

Maryna Brito Dias Maciel e Odi Alexander Rocha da Silva, 544.

Direito de imagem do atleta: (limites à mídia em relação ao uso da imagem do atleta)

Rosimere Maria da Silva, 560.

Os Juizados Especiais Cíveis Como Instrumento de Acesso à Justiça: análise da dispensabilidade do advogado

Emily Danielle Moraes Costa e Buenã Porto Salgado, 569.

Uberização e os impactos na relação de emprego no Brasil: Uma análise do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho

Felipe Camelo Ayres e Murilo Braz Vieira, 594.

Os efeitos da pandemia da covid-19 nas práticas de alienação parental

Dariana Samara Barbosa de Sousa Maia e Samara Gomes de Sousa, 618.

Justiça Administrativa: ouvidoria como instrumento de resolução de conflitos na administração pública

Gláucia Pereira Braga e Buenã Porto Salgado, 639.

OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. 1

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre os direitos dos povos indígenas, a importância, exposição da legislação internacional e nacional e a inserção dos mesmos em direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos; Povos; Indígenas.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo estudiar brevemente los derechos de los pueblos indígenas, la importancia, exposición de la legislación internacional y nacional y su inclusión en los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos; Pueblos; indígenas.

ABSTRACT: This article aims to briefly study the rights of indigenous peoples, the importance, exposure of international and national legislation and their inclusion in human rights.

KEYWORDS: Rights; People; Indigenous.

INTRODUÇÃO

Indígena ou aborígene, como ensina o dicionário, quer dizer "originário de determinado país, região ou localidade; nativo". Aliás, nativos e autóctones são outras expressões usadas, ao redor do mundo, para denominar esses povos.

Genericamente, os povos indígenas que vivem não apenas em nosso país, mas em todo o continente americano, são também chamados de índios. O termo índio foi

1 E-mail: benignonovo@hotmail.com

estabelecido por Cristóvão Colombo, genovês que chegou à América, em 1492, acreditando que havia chegado à Índia.

A hipótese mais aceita para explicar a origem dos índios brasileiros é a de que eles são descendentes de povos asiáticos que atravessaram o estreito de Bering há 62 mil anos. Estudos arqueológicos recentes estabelecem a chegada dos primeiros habitantes do Brasil à Bahia e ao Piauí entre 20 mil e 40 mil anos atrás.

Quando os portugueses chegaram a terras brasileiras, havia cerca de 5 (cinco) milhões de moradores, esses moradores foram chamados de índios. São chamados índios os habitantes brasileiros que foram descobertos por portugueses que chegaram à região para colonizá-la no século XVI.

Segundo o Censo IBGE 2010, os mais de 305 povos indígenas somam 896.917 pessoas. Destes, 324.834 vive em cidades e 572.083 em áreas rurais, o que corresponde aproximadamente a 0,47% da população total do país.

Esta pesquisa é bibliográfica, histórica e qualitativa, justifica-se pela extrema relevância dos povos indígenas e a inserção em direitos humanos.

DESENVOLVIMENTO

Os índios são como nos referimos aos povos originários que habitavam no território nacional antes da chegada dos portugueses, em 1500. Apesar do termo “índio” ser generalizante, os povos indígenas são marcados por uma enorme diversidade cultural.

As tribos eram divididas em aldeias. Em geral, os homens plantavam, caçavam e construía ocas. As mulheres cuidavam das crianças, colhiam alimentos e teciam roupas. Assim que os portugueses chegaram, os índios que viviam no litoral começaram a mudar para o interior do País com o objetivo de se afastar do homem branco.

A Organização das Nações Unidas (ONU) entende os índios como os povos e comunidades que possuem uma ligação histórica com as sociedades antepassadas que viveram no território brasileiro antes da chegada dos portugueses. Esses povos entendem-se como grupos distintos da sociedade nacional, possuindo suas próprias formas de organização.

Legislação internacional sobre os povos indígenas

Além da Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, as resoluções relativas às duas Décadas Internacionais dos Povos Indígenas do Mundo e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio são os principais documentos internacionais que guiam os Países-Membros da ONU na sua relação com os povos indígenas.

A Declaração é um documento abrangente que aborda os direitos dos povos indígenas. Ela não estabelece novos direitos, mas reconhece e afirma direitos

fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas. A Declaração constitui um instrumento internacional importante de direitos humanos em relação a povos indígenas porque contribui para a conscientização sobre a opressão histórica impetrada contra os povos indígenas, além de promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e os demais segmentos da sociedade.

O documento enfatiza os direitos dos povos indígenas de manter e reforçar suas próprias instituições, culturas e tradições, além de prosseguir com seu desenvolvimento em sintonia com suas necessidades e aspirações. O documento registra o compromisso dos Estados para tomarem medidas a fim de ajudar e garantir que os povos indígenas tenham respeitados os seus anseios e decisões sobre os assuntos que lhes dizem respeito. Muitos dos direitos na Declaração requerem novas abordagens sobre problemas globais, tais como desenvolvimento, descentralização e democracia multicultural. Os países precisam adotar novas formas de interação com os povos indígenas, que requer participação e consultas com os povos e organizações indígenas.

A Declaração diz que os povos indígenas têm direito de gozar plenamente, como coletividade ou como indivíduo, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no direito internacional humanitário. Nos seus diversos artigos, a Declaração trata de assuntos de direitos humanos, ressaltando as peculiaridades pertinentes às realidades dos povos indígenas, reafirmando direitos fundamentais e promovendo o combate de violações que vão desde o trabalho infantil à discriminação racial.

A Declaração não é o único instrumento internacional sobre direitos indígenas. Além da Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, as resoluções relativas às duas Décadas Internacionais dos Povos Indígenas do Mundo e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio são os principais documentos internacionais que guiam os Países-Membros da ONU na sua relação com os povos indígenas. Esses instrumentos estabelecem diretrizes para as políticas que são destinadas ou referentes aos povos indígenas. Tratados gerais de direitos humanos também se aplicam aos povos indígenas sem distinção porque são universais.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a Convenção da Diversidade Biológica, dos quais o Brasil é signatário, reafirmam direitos indígenas fundamentais de caráter individual e coletivo para serem observados e respeitados por todos os países que os tenham aceitado.

A Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas foi elaborada e discutida formalmente entre representantes de Estados com a participação de lideranças e

organizações indígenas por mais de vinte anos no âmbito das Nações Unidas. Em 2006, o texto da Declaração passou por ajustes no Conselho de Direitos Humanos da ONU para contemplar a preocupação dos Estados em esclarecer os limites do termo “autodeterminação”; as atividades militares em terras indígenas; e os diferentes contextos para aplicação da Declaração nos diferentes países do mundo. A Declaração foi finalmente adotada, em 13 de setembro de 2007, pela Assembleia Geral da ONU.

A adoção da Declaração consagrou o início da nova era de direitos humanos em questões indígenas. Durante a sessão da Assembleia Geral da ONU, 143 países votaram a favor do texto revisto no Conselho de Direitos Humanos, quatro votaram contra (Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália) e 11 nações se abstiveram de votar. O Brasil, junto com a grande maioria dos países do mundo e com a quase totalidade da América Latina, exceto a Colômbia, que se absteve votou a favor da adoção da Declaração.

O processo de adoção foi lento, mas, ao longo desses anos, foi estabelecido um frutífero diálogo entre Estados e os povos indígenas, que resultou num texto de consenso sobre questões como direitos humanos, terras e recursos, identidade indígena e não discriminação, além de serem esclarecidas algumas preocupações dos Estados acerca de alguns conceitos e termos utilizados.

O Estado brasileiro declarou, ainda no Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2006, que não havia dúvida de que a Declaração era uma reafirmação do compromisso da comunidade internacional para garantir o gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, e para respeitar o valor das culturas e identidades indígenas. Após votar a favor da aprovação da Declaração, em 2007, o representante do governo brasileiro manifestou que o texto adotado pelo Conselho de Direitos Humanos era o mais hábil para lidar com os assuntos em questão, e que por isso não deveria ter sido reaberto à discussão, mas recebeu com satisfação o novo texto e votou pela sua aprovação. A delegação brasileira na ONU ainda ressaltou que o exercício dos direitos dos povos indígenas é consistente com a soberania e integridade territorial dos Estados em que residem. Ao mesmo tempo, afirmou que os Estados deveriam ter sempre em mente seu dever de proteger os direitos e a identidade de seus povos indígenas.

As declarações da ONU não são obrigatórias; no entanto, elas representam o desenvolvimento dinâmico de normas legais internacionais e refletem o comprometimento dos Estados a se moverem em certas direções, regidos por alguns princípios. Este é o caso para a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Apesar de não ser um instrumento juridicamente vinculante, a Declaração da ONU serve para estabelecer diretrizes para as políticas e legislações nacionais que dizem respeito aos povos indígenas. Além disso, a Declaração reconhece direitos importantes e reafirma alguns direitos já estipulados de forma vinculante por tratados internacionais de direitos humanos e pela prática de organismos internacionais como, por exemplo, o direito

às terras tradicionalmente ocupadas e aos recursos naturais nelas existentes, e o direito à consulta prévia e informada.

A Declaração pode e deve ser invocada por qualquer pessoa, sempre que houver uma situação de opressão ou de violação de direitos indígenas. A Declaração reflete um compromisso do Estado e todos os seus poderes no nível federal, estadual e municipal com os povos indígenas. Assim, a Declaração pode ser usada para guiar projetos de leis, políticas públicas e decisões judiciais sobre assuntos indígenas em todos os níveis. A Declaração pode ainda ser usada por toda a sociedade para conscientização sobre os povos indígenas, suas situações e aspirações particulares, auxiliando no combate ao racismo, discriminação e violência cometidos contra os povos indígenas.

A ONU afirma que os indígenas têm pleno direito “a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional”, com a importante observação adicional de que “os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos”.

Legislação nacional sobre os povos indígenas

Pela primeira vez em 1934 os índios tiveram seus direitos garantidos constitucionalmente. Resguardou aos silvícolas a posse de suas terras vedando sua alienação. Apenas dois artigos tratavam dos direitos indígenas, o art. 5º e o art. 129 da Constituição brasileira de 1934.

No ano de 1973, foi criado o Estatuto do Índio, durante o regime militar no Brasil, numa tentativa de compilar as normas de direito indigenista existentes até então. Organizado em sete títulos, o estatuto dispôs desde os direitos civis e políticos dos índios até as normas penais que incidem sobre essas comunidades.

O Estatuto do Índio estabelece que a União poderá, em qualquer parte do território nacional, destinar áreas de terras à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência.

O Estatuto do Índio estabelece que é obrigação da União, dos Estados e dos Municípios, para o fim de proteger as comunidades indígenas e preservar os seus direitos:

I – estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

II – prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

III – respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

IV – assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

V – garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;

VI – respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

VII – executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

VIII – utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;

IX – garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

X – garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

A lei assegura o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão.

A existência de um Estatuto do Índio, estabelecendo princípios e regras gerais e regulamentando os direitos e deveres dos índios e da comunidade indígena, é de extrema importância para a manutenção da identidade brasileira.

A FUNAI, além de promover os direitos dos povos nativos e gerir suas terras, tem como missão defendê-los também da ação predatória e de possíveis invasões de povos não índios que representem perigo à manutenção da vida e da cultura dos indígenas.

A Constituição brasileira de 1988 reconhece direitos indígenas em seus artigos 231 e 232. A Constituição estabeleceu que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são de natureza originária. Os índios têm a posse das terras, que são bens da União. “A necessidade de demarcação da terra indígena é a espinha dorsal de toda a luta ancestral da população indígena no Brasil”.

CONCLUSÃO

A divulgação da cultura indígena pode sensibilizar a população para a importância de viver de forma sustentável e, assim, utilizar práticas conservacionistas e transmitir para as futuras gerações o conhecimento adquirido por esses povos. A valorização da cultura indígena é um dever de todos os países do mundo.

O modo de vida e os meios de subsistência dos povos indígenas têm muito a nos ensinar sobre como preservar os recursos naturais, obter e cultivar alimentos de maneira sustentável e viver em harmonia com a natureza. Entre importantes tradições deixadas pelos índios está a culinária. O alimento de origem indígena mais utilizado em todo o Brasil é a mandioca e suas variações. O caju e o guaraná são outros bem conhecidos na mesa do brasileiro.

A demarcação de terras, ao estabelecer os limites físicos das terras pertencentes aos indígenas, visa a proteger de possíveis invasões e ocupações por partes dos não índios. Assegurar a proteção desses limites é, também, uma forma de preservar a identidade, o modo de vida, as tradições e a cultura desses povos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 23 de abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 23 de abr. 2022.

IBGE. **Hotsite sobre população indígena (mapa interativo).** Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/terrasindigenas/>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 23 de abr. 2022.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

A TEORIA DO DIREITO DE FERRAJOLI: IMPORTÂNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

AUREA MARIA DE CARVALHO:

Mestranda em Direito do Trabalho junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU; especialista em Direito Digital e Proteção de Dados, e em Compliance pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela FMU; Advogada;²

RESUMO: Atualmente, o mundo vive em meio a crises de mudanças de paradigmas, em razão da divergência de idéias dos parâmetros estatais. O almejado bem estar social, coletivo, aos poucos é substituído pela falência da aplicabilidade dos direitos fundamentais, até mesmo dos princípios fundamentais de direito. Autoritarismos ressurgem, como se nunca houvessem cedido espaço à democracia, no mesmo ritmo que a manipulação das passas toma espaço, potencializada pela sociedade da informação.³Neste sentido, Ferrajoli nos apresenta sua teoria positivista, com base na visão constitucionalista garantista sobre a validade da norma jurídica. O presente estudo aborda essa visão, cotejando sua importância e contribuição para a compreensão da prevalência do estado constitucional de direito.

Palavras-chave: Ferrajoli, estado constitucional, direito, garantista, teoria positivista, autoritarismos.

ABSTRACT: Currently, the world lives in crisis of paradigm changes, due to the divergence of ideas of the state parameters. The desired social, collective well-being is gradually replaced by the bankruptcy of the applicability of fundamental rights, even of the fundamental principles of law. Authoritarianism reappears, as if they had never given space to democracy, at the same pace as the manipulation of raisins takes place, boosted by the information society. In this sense, Ferrajoli presents us with his positivist theory, based on the guaranteeist constitutionalist view on the validity of the legal norm. This study

² aureamaria.adv@gmail.com; 11 96378-2600; <https://orcid.org/0000-0001-7901-8147>.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1988

addresses this view, comparing its importance and contribution to understanding the prevalence of the constitutional rule of law.

Keywords: Ferrajoli, constitutional state, law, guaranteeist, positivist theory, authoritarianism.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A teoria de Ferrajoli; 2. Problemas do Constitucionalismo Garantista; 3. Soluções para a Desconstitucionalização Democrática; 4. Considerações Finais; Referência Bibliográfica.

INTRODUÇÃO

O direito não pode se restringir ao Estado para justificar a legitimidade da ordem jurídica. É nesse sentido que a teoria garantista, aborda a relevância social, como forma de explicar a divergência havida entre a normatização estatal e as práticas muitas vezes absolutórias emanadas do Estado.

O professor Ferrajoli traz o garantismo para ressaltar a necessidade de se atrelar os fenômenos jurídicos aos seus aspectos formais e substanciais.

A validade da norma jurídica estaria atrelada a um elemento substancial – aspecto formalista – e a elementos materiais – conteúdo.

Aduz ainda que os direitos fundamentais repousam no conteúdo da norma, devendo, pois, respeitar, precipuamente, a previsão constitucional de tais direitos, por sua vez, previamente inseridos no ordenamento jurídico é o resgate do que Max Scheler chama de “ética material dos valores”.⁴

O presente estudo traz uma breve abordagem do garantismo constitucional da norma jurídica, segundo Ferrajoli, como forma de atribuir, ou não, validade aos atos estatais, e às normas jurídicas.

É uma teoria positivista, porém, sob uma ótica garantista, na medida em que os direitos fundamentais garantem a validade jurídica almejada.

Sob referido cotejo, elucida o discurso político manipulador de grandes massas, sem que a sedução da oratória o escancare. Revela-se, pois, a paixão trazendo um populismo, um autoritarismo legitimado pela sociedade, alçado a um lugar de liderança, mascarado por uma suposta democracia. Na verdade, exsurge a queda democrática,

4 SCHELER, Max: *Ética*: nuevo ensayo de fundamentación de un materialismo ético. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948.

impingida pelas massas, que passam a agir como corpos que se identificam com o agente político transgressor.

A gravidade é tamanha, que as normas jurídicas passam a ser promulgadas para justificar os atos anti democráticos. Dessa forma, são postos em “xeque” a validade da norma jurídica, e sua aderência à norma constitucional emanada prévia.

1. A Teoria de Ferrajoli

Ferrajoli tem uma visão positivista do direito. Mas, é uma visão ajustada ao Estado Constitucional de Direito, porque ele faz uma interpretação constitucionalista sobre a validade da norma jurídica.⁵

E aqui, nos deparamos com o “garantismo”, por ser uma teoria do direito que se preocupa com os aspectos formais e substanciais da norma, para que ela seja válida.

Para Ferrajoli, o garantismo possui os seus aspectos formais e substanciais no mundo jurídico. O aspecto formal significa que uma norma somente será válida e legítima, se obedecer ao procedimento formal determinado pelo ordenamento jurídico. Isso remete à Teoria Pura do Direito de Kelsen, para quem uma norma só é válida, se derivada de outra norma que trace suas diretrizes.⁶

Sob o aspecto substancial ou material, a norma será válida se trazer um conteúdo que tenha por fundamento os direitos fundamentais. Ou seja, se a norma não estiver de acordo com o arcabouço constitucional rígido que assegura os direitos fundamentais, essa norma será inválida.⁷

Assim, o autor entende que uma norma, ainda que vigente, porém sem caráter de validade material ou substancial, estaria fadada ao expurgo do ordenamento jurídico, por ser incompatível com os direitos fundamentais que, por sua vez, foram conquistados ao longo de todo um processo histórico, e construídos no decorrer dos tempos. Temos aqui então o dado ontológico da norma.⁸

Sobretudo, os direitos fundamentais são os próprios limites impostos à democracia, ou seja, se consubstanciam na própria materialidade da democracia.

5 FEJAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1985.

7 FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

8 FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

Inobstante ser uma teoria do estado constitucional de direito, deve-se atentar para a legitimação da inclusão no ordenamento jurídico, de conteúdo considerado “direito fundamental”, para não incorrer na equivocada gestão de interesses públicos, no autoritarismo.⁹

E tudo porque há um vazio ontológico quanto ao que se concebe por direito fundamental, e Estados totalitários podem perfeitamente dispor sobre o que seria fundamental, de acordo com seus interesses, com sua ideologia.

2. Problemas do Constitucionalismo Garantista

Nesse sentido, Ferrajoli nos remete à crise ocorrida na Itália, que abateu a democracia constitucional, num cenário de confusão dos interesses públicos e privados do seu líder, então o ex-Primeiro Ministro Silvio Berlusconi, gerando um caos no país.¹⁰

Como o exemplo trazido pelo autor, é importante a existência de regras e freios entre os Poderes, a fim de elidir a interferência entre eles, e a desconstitucionalização.

Um dos problemas enfrentados foi também a figura do líder carismático, que, supostamente, tomou para si os anseios da população, como numa voz uníssona. E quem quer que se manifestasse contrário a tais interesses e ações do governo, seria tido como “inimigo” da nação, sujeito a achincalhamentos e humilhações diversas. Essa é a demagogia populista.

Há um problema grave aqui, pois, o Chefe de Estado segue uma ideologia considerada a mesma da maioria esmagadora da população, gerando um absolutismo, uma vez que o representante da nação se sente autorizado pela identificação ideológica da maioria, desprezando assim, os interesses da minoria.¹¹

Como consequência temos o advento da apropriação do poder público para a satisfação de interesses privados escusos, por parte do representante, ora privilegiado pela legitimidade atribuída à sua representação.¹²

Como se não bastasse, os próprios partidos políticos se apropriam de instituições públicas, com a finalidade de distribuir as funções públicas conforme seu “bel-interesse”, exercendo eles próprios essas funções. O que significa dizer que eles passam a não mais

9 PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

10 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

11 FEJAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

12 FEJAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

representar os interesses do povo, a não mais figurar como intermediadores entre o Poder Público e o povo.

Além das questões de conflito de interesses públicos e privados, como controvérsias da democracia política, eis que exsurge a mídia, que passa a ser usada como instrumento de manipulação das massas, dentro de um controle político da informação. Vale dizer que passa a ser notícia o que é autorizado a ser veiculado – controle das informações divulgadas na mídia/controlado proprietário da informação/controlado midiático.

A mídia pode então exercer um papel de fábrica da (des)informação, de acordo com o interesse do governo, manipulando o arbítrio e o convencimento da sociedade. Nota-se uma sedução da população, que se sente atraída pelos ideais governistas, culminando em um pensamento único, totalitário, que inadmitte qualquer posição contrária. Há a supressão, inclusive, da liberdade de expressão, sobretudo, dos profissionais da imprensa.¹³

Atualmente, com a evolução da sociedade da informação, é muito comum a divulgação e disseminação de *fake news*, como forma de controle da informação, manipulando toda uma população crédula na mentira espalhada. Planta e acirra o medo, a insegurança, a desinformação, e os simpatizantes da ideologia dominante se sentem incentivados ao ataque dos direitos fundamentais, gerando uma ruptura estrutural do Estado de Direito.¹⁴⁻¹⁵

Nesse diapasão é que surgem os ataques às instituições, ainda não corrompidas pela desconstitucionalização democrática, como por exemplo, ataques ao Poder Judiciário e ao Parlamento.

Há, pois, um processo de constitucionalização da desconstitucionalização instaurada, um processo de legalização da ruptura democrática, sob o fundamento da legitimidade da representação política.

13 FEJAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

14 GILLET, Sérgio Augusto da Costa; BLANK, Dionis Mauri. Aspectos do Direito ao Acesso à Internet. D597. Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Têmis Limberger; Valter Moura do Carmo; Aires Jose Rover. – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Inclui bibliografia. ISBN: 978-85-5505-725-0. Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações. Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito. 1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

15 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La ciudadanía y sus derechos en la era de internet. Revista direito e democracia. Canoas, vol. 6, n. 1, p. 10, 1º semestre de 2005

A consequência dessa ruptura é o fenômeno de acirramento das desigualdades sociais, das discriminações de forma geral, de exclusão dos fragilizados, para a suposta satisfação do interesse majoritário¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸

Uma vez disseminada a desinformação, a educação também passa a ser atacada, pois, o objetivo é propagar a ignorância, a ausência de raciocínio crítico, através da falta de investimentos em educação, e da manipulação midiática, incentivando a priorização de interesses individuais, o egoísmo, em detrimento do interesse coletivo.

Essa liderança ideológica implica ainda na abstenção eleitoral das pessoas, em razão dos partidos políticos concorrentes não coadunarem com sua forma de pensar.

O caos gerado pelo insurgimento dos partidos políticos, em razão da confusão de interesses públicos e privados, na distribuição de suas funções nas instituições, acaba por levar à perda de credibilidade da população, por não mais corresponderem aos seus anseios, gerando até mesmo uma diminuição das pessoas que se habilitem em participar da política do país.

3. Soluções para a Desconstitucionalização Democrática

A solução para o desequilíbrio constitucional democrático instaurado é, segundo Ferrajoli, o respeito ao pluralismo, como forma de respeito às diversas manifestações de opiniões, e assim, pois, um pluralismo político, obedecendo a uma escolha bipolar.

Também a separação e independência entre os poderes se faz primordial, além da separação entre interesses públicos e privados, a figura do Estado e da sociedade, as instituições de governo (Legislativo e Executivo) e as instituições de garantia (Administração Pública), como forma de se manter ou restaurar a democracia de um Estado.

Imprescindível também resgatar a moralidade dos partidos políticos e incentivar a participação popular, de modo que aqueles representem os anseios da sociedade, atendendo aos fins preambulares de sua criação, além de elidir a confusão das funções de partido e de funções públicas.

O advento da sociedade da informação potencializou o poderio midiático das dos meios de comunicação, razão pela qual, a mídia deve ser independente, politicamente e

16 FEJAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

17 PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *História do direito comum da humanidade*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, v. I, t. I.

18 SORJ, Bernardo. *brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed; Brasília, DF: Unesco, 2003

economicamente, de forma a assegurar a liberdade da informação, enquanto direito fundamental.

Vemos então que Ferrajoli estabelece um paradigma constitucional garantista, equivalente ao sistema de limites e vínculos existentes entre os Poderes.¹⁹ Ele justifica essa teoria ao constitucionalismo exurgido após a Segunda Guerra Mundial, e à formação das democracias constitucionais atuais.

Ele apregoa uma democracia constitucionalista baseada no primado da garantia de todos os direitos fundamentais, como forma de dar efetividade à representação política.

Segundo o autor, o objeto da teoria do direito seria uma teoria jurídica fundada na democracia, justificadora da separação e dos limites e vínculos constitucionais impostos aos Poderes, servindo como freios e contrapesos, além da relevância da paz, da igualdade, e da garantia dos direitos fundamentais.²⁰

A ausência de tais limites enseja a concentração dos poderes em um único agente, ensejando o absolutismo, ensejando o que chamamos de poderes selvagens, tais como, o totalitarismo, o populismo.

O garantismo então potencializa a importância atribuída à democracia.

Essa análise da teoria garantista do direito é relevante para a compreensão das atuais democracias constitucionais. E sob esse cotejo, conhecemos o paradigma do constitucionalismo garantista.

Para o autor, a teoria de validade das normas jurídicas está assentada na coerência e compatibilidade com as normas constitucionais.

Como se viu, Ferrajoli ajusta a Teoria Geral do Direito de acordo com os paradigmas do Estado Constitucional de Direito conservando um olhar prescritivo do Direito.

4. Considerações Finais

Não raro o mundo sofreu as consequências advindas de estados ditatoriais, poderes totalitários, populistas, autoritários. Tais consequências são fruto da credibilidade

19 IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 3., n. 1. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/107.pdf>, acesso em 25/11/2021.

20 FEJAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

transmitida por agentes políticos, supostamente democráticos, mas, que se valeram de sua oratória para usar os anseios sociais para a projeção política, e promoção pública.

Mas, o que resta clarividente é que tais agentes não se foram sem, contudo, deixarem sementes, que seguem na atualidade, sendo regadas por ideais, aparentemente, justos, contudo, de *animus* macabros.

Isso não é surpresa em vários locais do globo, notadamente no Brasil.

Ferrajoli nos traz um arcabouço teórico justificador da relevância constitucional garantista democrática, como regente do ordenamento jurídico, como legitimador substancial e material da norma jurídica.

Nesse sentido, cumpre questionar também, a ordem constitucional emanada de governos norteados por abusos, e que se aproveita da sociedade da informação para o alcance de seus intentos autoritários.

Sob o cotejo de uma norma jurídica sujeita aos direitos fundamentais, consubstanciados na Carta Maior, é importante não perder de vista as avenças internacionais, que prezam pela dignidade humana, pelos direitos humanos. Os direitos são fundamentais, porque previstos na Constituição Federal, do Estado Democrático de Direito. Mas, há que se perquirir também, os direitos humanos, conquistados ao longo de décadas e séculos de lutas travadas pela humanidade, notadamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), e a Declaração Mundial dos Direitos Humanos (1948).

Nesse diapasão, indubitavelmente, a academia tem papel primordial de disseminar a importância do estudo aprofundado dos direitos fundamentais, das agruras às quais a humanidade fora submetida para conquistá-los, e do senso moral esperado do homem médio.

Deve-se perquirir ainda, a potencialização do raciocínio crítico, como forma de, se não diminuir, mas, minimizar as chances de ascensão do poder absoluto.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. *In*: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GILLET, Sérgio Augusto da Costa; BLANK, Dionis Mauri. Aspectos do Direito ao Acesso à Internet. D597. Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line]

organização CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Têmis Limberger; Valter Moura do Carmo; Aires Jose Rover. – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Inclui bibliografia. ISBN: 978-85-5505-725-0. Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações. Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito. 1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 3., n. 1. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinus.br/pdf/107.pdf>, acesso em 25/11/2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1985.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La ciudadanía y sus derechos en la era de internet. *Revista direito e democracia*. Canoas, vol. 6, n. 1, p. 10, 1º semestre de 2005

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *História do direito comum da humanidade*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, v. I, t. I.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1988.

SCHELER, Max: *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un materialismo ético*. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948.

SORJ, Bernardo. *brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed; Brasília, DF: Unesco, 2003.

DIREITO À PRIVACIDADE E CRIMES DIGITAIS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO JURÍDICA NO AMBIENTE VIRTUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

STEFALYNE PEREIRA DO NASCIMENTO:

Graduanda de Direito do Centro Universitário São Lucas.²¹

PATRÍCIA MACEDO DE CARVALHO²²

(coautora)

MARCELO LIMA DE OLIVEIRA²³

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a questão dos crimes cibernéticos na realidade jurídica brasileira bem como a sua correlação com a proteção de direitos e garantias constitucionalmente tutelados, notadamente, o direito à privacidade e intimidade. Assim, buscou-se fazer um resgate histórico da evolução da internet para que se pudesse compreender a sua complexidade e a justificativa para a sua relevância na sociedade contemporânea. Demonstrou-se com o presente estudo que a proteção de dados foi o principal vetor para a criação da internet, contudo, demonstra-se que, dada as proporções que o sistema de informação assumiu na realidade, tem sido cada vez mais difícil manter o ambiente virtual seguro, haja vista o fluxo incessante de informações inseridas nos servidores operacionais da internet. Desta maneira, o Estado brasileiro não tem mostrado resultados positivos para a proteção de bens jurídicos tão caros e sensíveis para a sociedade. Para a realização do trabalho foi utilizada uma pesquisa básica, estratégica, descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo. Utilizou-se o procedimento de pesquisa bibliográfica, documental e análise de situação.

Palavras-chave: crimes; cibernéticos; direitos; privacidade; intimidade.

Abstract: This article aims to analyze the issue of cybercrime in the Brazilian legal reality and its correlation with the protection of constitutionally protected rights and guarantees, especially the right to privacy and intimacy. Thus, it was sought to make a historical review of the evolution of the internet in order to understand its complexity and the justification for its relevance in contemporary society. The present study has shown that data protection

²¹ E-mail: falyne.nascimento@gmail.com

²² Graduanda de Direito do Centro Universitário São Lucas. E-mail: patriciamacedopaty@gmail.com

²³ Professor Mestre Marcelo Lima de Oliveira, orientador. Professor do Centro Universitário São Lucas.

was the main vector for the creation of the internet; however, it has been demonstrated that, given the proportions that the information system has assumed in reality, it has been increasingly difficult to keep the virtual environment safe, given the incessant flow of information inserted in the internet's operational servers. In this way, the Brazilian State has not shown positive results for the protection of legal goods that are so expensive and sensitive for society. To carry out this work, a basic, strategic, descriptive and exploratory research was used, with a qualitative approach and a hypothetical-deductive method. The bibliographical, documental, and situation analysis research procedures were used.

Keywords: crimes; cyber; rights; privacy; intimacy.

Introdução

Na atualidade, verifica-se que cada vez os usuários de serviços de internet estão imersos em sites, aplicativos e programas os quais são utilizados dados pessoais para a personalização destes serviços. Contudo, em decorrência da popularização da internet ser fenômeno recente na sociedade brasileira, denota-se que, não raro, ocorrem problemas de toda ordem na utilização destes serviços e, para fins desta obra, especificamente questões relacionadas à privacidade no mundo digital.

A internet não é mais um ambiente sem lei. Em que pese ser um ambiente livre, verifica-se que cada vez mais se busca a regulamentação do uso e acesso, uma vez que se pretende tornar o ambiente em um local seguro, evitando invasões a arquivos pessoais armazenados em bancos de dados digitais e até mesmo acesso a dispositivos, como celulares e computadores.

Contudo, demonstra-se rotineiramente que o ambiente virtual possui uma série de armadilhas que podem comprometer o bem-estar dos usuários, como a captura de dados pessoais e a consequente utilização indevida destas informações, notadamente a divulgação de imagens íntimas e acesso a dados bancários, conforme exposto na lição de Cláudio Lóssio (LÓSSIO, 2022).

Para a realização deste trabalho será utilizada uma pesquisa básica, estratégica, para que possa promover a modificação social baseada em estudos técnicos, descritiva, com foco em aprofundar as questões levantadas no estudo, exploratória, para que se possa conhecer melhor o tema na sociedade, com abordagem qualitativa. Utilizou-se o procedimento de pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, a hipótese da presente obra é de que as leis nacionais a respeito dos crimes cibernéticos estão evoluindo paulatinamente, contudo, ainda se mostram insuficientes para o enfrentamento efetivo deste problema que é um problema cada vez mais comum na realidade brasileira e mundial.

O objetivo geral desta pesquisa é verificar se a legislação brasileira protege efetivamente os direitos e garantias fundamentais em casos de crimes cometidos por meios cibernéticos. Os objetivos específicos consistem em compreender a história e evolução dos sistemas de informática no Brasil, para que se trace um paralelo com a evolução legislativa das questões relativas ao tema, bem como verificar de que forma os crimes cibernéticos se operam, como são investigados e qual a consequência jurídica para aquele que comete o ato ilícito penal.x

2. Breve histórico da internet: de aparato militar à ferramenta civil

A internet é foi criada em 1969, nos Estados Unidos da América, com o objetivo de permitir o armazenamento de informações e permitir a comunicação entre laboratórios de pesquisa do Departamento de Defesa Americano, ainda que houve algum ataque bélico às unidades americanas durante a Guerra Fria, iniciada em 1957. Nesta época, a ferramenta era denominada como ARPANET, conforme lição de Briggs e Burke (BRIGGS & BURKE, 2004)

A ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network; em português: Rede da Agência para Projetos de Pesquisa Avançada) funcionava por meio daquilo que se chamava de chaveamento de pacotes, que se trata da transmissão de informações entre dispositivos por meios de dados fracionados em pequenas partes, contendo a informação fragmentada até o momento da recepção pelo destinatária que reconstruiria o que foi transmitido pelo remetente, conforme lição de (HAFNER & LYON, 2019).

Em 29 de outubro de 1969 houve o envio do primeiro e-mail, e na década de 1970 passou-se a ter pesquisas em diversas universidades, o que tornou o sistema da ARPANET difícil de ser gerenciado, razão pela qual o projeto ARPANET se dividiu em dois: ARPANET, para operações civis, e MILNET, para operações militares conforme diz Dermot Turing (TURING, 2019).

Os anos seguintes foram marcados pela soma de esforços de alunos e professores em armazenar informações no sistema e permitir o trânsito de informações, o que culminou em um sistema técnico denominado Protocolo Internet (Internet Protocol - IP), o qual as redes conectadas pelo endereço IP, que se trata de um sistema numérico presente em cada dispositivo de informações em uma rede para a comunicação, de modo que se

identifica o hospedeiro da informação, além de informar a localização da rede, conforme Tim Wu (WU, 2012).

Em 1992 foi criado a World Wide Web (www), a qual se trata de uma rede mundial de documentos em formato inteligível à máquina e que são executados pelo sistema da Internet, e logo em seguida se criou o protocolo HTTPS (Hypertext Transfer Protocol Secure) que foi o primeiro sistema criado para a internet com o objetivo de se permitir transações financeiras e comerciais, de modo que se gerou a aproximação da sociedade civil para a internet na década de 1990. Em 2003, meio bilhão de pessoas estavam conectadas na internet, conforme aponta Johnny Ryan (RYAN, 2013).

No Brasil, por seu turno, os primeiros projetos relativos à internet surgiram a partir de 1988, a qual havia a conexão entre instituições estadunidenses e brasileiras. Somente em 1992 houve a abertura ao público, contudo, a infraestrutura primitiva e a ausência de investimentos somente permitiram a inserção do comércio na internet brasileira em 1995, conforme aponta Eduardo Vieira (VIEIRA, 2018).

Dados de 2021, obtidos por meio de pesquisa promovida pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil (Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021), apontam que em 2020 o Brasil passou a ter 152 milhões de usuários de internet, e demonstrou que 81% da população com mais de 10 anos de idade têm acesso a internet nos domicílios, ainda que 90% dos lares das classes mais vulneráveis da sociedade se conectam à internet por meio do celular, uma vez que não dispõem de computador.

Foi apresentada no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição (PEC 41/2021) que insere a inclusão digital como direitos fundamentais na Constituição, pela Senadora Simone Tebet.²⁴ A proposta até a data de publicação desta obra ainda não possui relator, e se encontra sob análise na referida casa legislativa.

3. Do direito à intimidade e privacidade

Os Direitos à intimidade e privacidade são protegidos constitucionalmente²⁵, conforme previsão constante no Art. 5º, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), razão

²⁴Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/01/12/proposta-torna-inclusao-digital-direito-fundamental>. Acesso em 22 de abril de 2022.

²⁵ 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:

pela qual se trata de um direito fundamental. Importa trazer a lição de Gilmar Mendes e Paulo Branco (MENDES & BRANCO, 2022) a qual diz o seguinte:

O catálogo dos direitos fundamentais vem -se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

(...)

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.

(MENDES & BRANCO, 2022, p. 280 e 282)

Nesta esteira, convém expressar o que consiste em Direito à Privacidade e Intimidade. Para Nathalia Masson (MASSON, 2016, p. 218) traz importe posicionamento a respeito da privacidade:

A privacidade representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida do modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia.

(MASSON, 2016, p. 218)

A intimidade, por sua vez, considera naquilo que é referente ao modo de ser da pessoa, de modo que os demais da sociedade são excluídos ao acesso do objeto íntimo, conforme aponta Guilherme Peña de Moraes (DE MORAES, 2018).

Importa destacar contudo, que não se trata de direito absoluto. Razão pela qual trazemos à discussão a valiosa lição de Robert Alexy (ALEXY, 2015), a qual traz a teoria das

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

esferas para o debate. De acordo com o mencionado autor, existem três esferas de proteção aos direitos fundamentais.

A esfera mais interna tutela a liberdade humana, e se trata de um núcleo protegido em sua totalidade, uma vez que dispõe de matérias que não devem chegar ao conhecimento alheio, em razão de sua delicadeza. O outro círculo é a esfera privada ampla, que admite a interação com outros indivíduos, ainda que se trate de assunto reservado; por fim, existe a esfera social, que alcança tudo aquilo que não for protegido pelas esferas anteriores.

Importante destacar esta lição uma vez que não há direito absoluto, contudo, é necessário destacar que o não absolutismo não configura ausência de tutela, mas, apenas que o exercício deste direito sofre limitações a depender do caso em que se esteja discutindo. Assim, importa mencionar que pessoas famosas e públicas possuem direito à intimidade e privacidade como todos os seus pares sociais, contudo, há limitação em razão do ofício em que exercem e pelo interesse público. Trazemos a dicção de Gilmar Mendes a respeito:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.

(MENDES & BRANCO, 2022, p. 548)

No que se refere à privacidade e à intimidade, percebe-se que existe intensa (e justa) proteção constitucional e infraconstitucional. Conforme se observa no Capítulo I-A do Código Penal, o qual prever tipo penal de Registro não autorizado da intimidade sexual, no Art. 216-B26, (BRASIL, 1940), por exemplo.

26Art. 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:

No tocante à privacidade na internet, verifica-se que houve movimentação para a proteção aos dados pessoais na Europa com o Diretiva 95/46/CE²⁷, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e a circulação desses dados, a qual foi recentemente substituída pela General Data Protection Regulation (GDPR)²⁸, que tem como objetivo estabelecer novos padrões e diretrizes para o uso e armazenamento de dados pessoais, uma vez que, não raro, ocorrem violações a direitos por uso indevido destas informações em várias áreas da sociedade, notadamente direitos do consumidor.

3.1 A proteção de dados na legislação brasileira

Como dito ao norte, há proteção constitucional à intimidade, privacidade e vida privada no ordenamento pátrio. Imperativo destacar que no ano de 2019 houve a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional (PEC 17/2019), a qual incluía a proteção de dados pessoais no rol de garantias individuais.

Em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2018), a qual dispõe a respeito da forma de uso e armazenamento de dados pessoais, notadamente os inseridos em mídias digitais, a qual se protege pessoa natural ou pessoa jurídica, de Direito Público e Privado, para que se promovesse a proteção de direitos fundamentais de liberdade e privacidade²⁹, de modo que se atribuiu uma série de responsabilidades, e suas respectivas sanções, aos gestores e usuários de dados pessoais, conforme aponta (JORGE, 2021).

Assim, demonstra-se que tem a proteção de dados na legislação nacional tem se mostrado uma preocupação para o Estado, uma vez que, com a mudança de realidade, as pessoas tem passado cada vez mais tempo no mundo virtual, o que indica que novas condutas possam ser eventualmente lesivas e prejudiciais a determinados bem jurídicos, exigindo que seja dada a devida proteção.

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 pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

²⁷Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em 22 de abril de 2022

²⁸ Disponível em: <https://gdpr-info.eu/issues/personal-data/>. Acesso em 22 de abril de 2022.

²⁹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A exemplo de violações a direitos no mundo virtual podemos citar o *bullyng*, *porn revenge*, racismo, pedofilia, furtos, entre outros. Com isto, verifica-se que os meios tradicionais de repressão à criminalidade não têm se mostrado efetivos, razão pela qual se pugna pela atualização da legislação e das formas de torna-la efetiva.

Verifica-se que, em razão do grande volume de usuários, e a expansão massiva de informações veiculadas nas redes, o controle exercido pelas autoridades públicas é insuficiente, para não dizer irrisório. Ocorrem no ambiente virtual algumas práticas altamente danosas aos direitos individuais e coletivos, como por exemplo a invasão a sistema de dados, conhecido como *hacking*³⁰, *superzapping*³¹, entre outras formas de prejuízo a nível pessoal ou institucional.

Ademais, é oportuno destacar que na rede mundial de computadores, existe uma rede paralela de circulação de dados, as quais comumente são realizados crimes cibernéticos, a saber: Deep Web³² e Dark Web³³.

Diante deste cenário, é pertinente trazermos à discussão o conceito de cibercrime. De início, cumpre mencionar que por se tratar de instituto jurídico recente, não existe definição precisa e pacífica a respeito do que vem a ser um crime cibernético. Para Garcia Martins (MARTINS, 2006), trata-se de ato em que o computador serve de meio para atingir

³⁰Hacking são as atividades que procuram comprometer dispositivos digitais como computadores, smartphones, tablets e até mesmo redes inteiras. Disponível em: <https://br.malwarebytes.com/hacker/>. Acesso em 22 de abril de 2022.

³¹ Superzapping é o nome dado ao processo pelo qual um intruso não autorizado consegue obter esses privilégios e usá-los de forma criminoso, por exemplo, roubando as senhas dos usuários da rede. Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100543258#:~:text=Superzapping%20is%20the%20name%20given,passwords%20of%20the%20network%20users>. Acesso em: 22 de abril de 2022.

³²O termo Deep Web é usado para denotar uma classe de conteúdo na Internet que, por várias razões técnicas, não é indexada pelos mecanismos de pesquisa. Disponível em: <https://www.gta.ufrj.br/ensino/eel878/redes1-2018-1/trabalhos-v1/deepweb/definicao.html#:~:text=O%20termo%20Deep%20Web%20é,indexada%20pelos%20mecanismo%20de%20pesquisa>. Acesso em 22 de abril de 2022.

³³A Dark Web é o coletivo oculto de sites da Internet que só podem ser acessados com um navegador de Internet especializado. Ela é usada para manter atividades anônimas e privadas na Internet, algo que pode ser útil em contextos legais e ilegais. Embora algumas pessoas a utilizem para evitar a censura do governo, sabe-se que ela também é empregada para atividades altamente ilegais. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/deep-web>. Acesso em: 22 de abril de 2022.

um resultado crime, ou, ainda, onde o computador é alvo simbólico, ou ato em que o computador é objeto do crime.

Para Diana Simas (DE SIMAS, 2014), diz-se dos crimes cibernéticos:

Podemos afirmar que associado a este fenómeno da criminalidade informática estão, sem dúvida, condutas violadoras de direitos fundamentais, seja através da utilização da informática para a prática de um crime, ou como um elemento do tipo legal de crime. Face a esta perspectiva, a criminalidade informática em sentido amplo, engloba toda a actividade criminosa que pode ser cometida através de meios informáticos. Em sentido estrito, são englobados os crimes quem que o meio informático surge como parte integradora do tipo legal, ainda que o bem jurídico protegido não seja digital.

(DE SIMAS, 2014, p. 14)

Ademais, necessário trazer o conceito de Fabrício Rosa (ROSA, 2002):

A conduta atente contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma, compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja, ainda, na forma mais rudimentar; 2. O 'Crime de Informática' é todo aquele procedimento que atenta contra os dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão; 3. Assim, o 'Crime de Informática' pressupõe dois elementos indissolúveis: contra os dados que estejam preparados às operações do computador e, também, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los; 4. A expressão crimes de informática, entendida como tal, é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão; 5. Nos crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à

privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, [entre outros].

3.2. Lei 12.737 de 2012 – A Lei Carolina Dieckman³⁴

Em maio de 2011, a atriz Carolina Dieckmann sofreu atentado cibernético o qual resultou na captura de arquivos de mídia em formato de fotos e mensagens de texto, o qual se encontravam em situação de nudez e exposição de intimidades e o invasor exigiu o pagamento na quantia de R\$ 10.000 reais para que não houvesse a publicação das mídias. Como não houve o pagamento, fez-se a divulgação clandestina de 36 fotos da atriz que rapidamente foram espalhadas por toda a internet, sendo hospedadas nos mais diversos bancos de dados de sites de conteúdo adulto e erótico.

No caso em questão, verificou-se intensa pressão de vários setores da sociedade civil para que houvesse resposta legislativa para o caso concreto. Cumpre destacar que mesmo antes da lei, a invasão de ambiente virtual e subtrair dados já era conduta tipificada na lei pena, contudo, não havia norma que tratava especificamente sobre a matéria, razão pela qual se operou a promulgação da referida lei (BRASIL, 2012).

Imperativo destacar que a previsão da lei não se limita somente ao sequestro de mídias e divulgação clandestina, conforme a exposição midiática à época fez parecer. A lei em comento tipifica três condutas. Tais sejam: 1) Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa; 2) Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa; e 3) Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.

Importa destacar que a apreciação da violação ao bem jurídico quando resulta deste tipo penal somente se opera mediante representação do ofendido, ressalvados os casos em que o ofendido é a Administração Pública direta ou indireta, qualquer dos Poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme aponta (SYDOW, 2022).

³⁴ 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

3.3. Lei nº13.718/201835

Conhecida como a lei da importunação sexual criminaliza atos libidinosos sem o consentimento da vítima além da divulgação de cena de estupro, de sexo ou de pornografia sem o consentimento de quem está participando da gravação, bem como daquele que se destina o envio.

A lei em comento surge diante de um cenário em que houve uma série de ocorrências sociais em que havia a gravação de cenas de sexo, com ou sem o consentimento dos envolvidos, e o envio desta mídia para terceiros de maneira não autorizada pelos filmados. A conduta em questão atenta contra a dignidade, uma vez que expõe de maneira desmedida a vida sexual dos envolvidos na prática do ato libidinoso.

Verificou-se, ao longo da década de 2010, a prática daquilo que se convencionou denominar de *revenge porn* em que o sujeito ativo do crime divulga material erótico do companheiro atual ou pretérito como forma de retaliação após o término de um relacionamento ou ocorrência de algum dissabor na relação. A prática se enquadra neste tipo penal.

4. Da apuração de crimes cibernéticos

A apuração de crimes mais frequentes na sociedade, como roubo, tráfico de entorpecentes, homicídios, já são suficientemente difíceis de se operar, ainda que se trate de violação corriqueira e há muito tempo assola a realidade de nosso país. Contudo, em decorrência da cada vez mais frequente informatização da sociedade, verifica-se que um crescente aumento na ocorrência de crimes no ambiente virtual. Diante de um cenário pouco explorado, demonstra-se uma verdadeira dificuldade do Poder Público em investigar a ocorrência desta modalidade de crime.

De início, percebe-se que há uma verdadeira ausência de metodologia para a investigação destes delitos, uma porque há cada vez mais sistemas operacionais que permitem uma atuação furtiva do infrator, duas porque não há um compartilhamento de informações e dados entre os órgãos e organizações governamentais e não governamentais, além do elevado grau técnico que a ocorrência deste tipo de crime se opera, verifica-se que nem sempre existe pessoal capacitado para lidar com eventos desta magnitude. Não o suficiente, verifica-se o caso da extraterritorialidade do crime. Muitas

³⁵Esta Lei tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

das vezes um crime cujo resultado se deu em determinado país, foi realizado por sujeito ativo em um segundo país, utilizando de um servidor de um terceiro país.

Assim, percebe-se que há um verdadeiro óbice no que tange à identificação do infrator haja vista comumente se utilizar de sistemas cuja a localização do usuário seja camuflada e, até mesmo, alterada. Além de tudo, diariamente são depositadas incontáveis informações no sistema da internet, o que torna, até o momento, impossível a filtragem da legalidade de determinado conteúdo.

Dimas (DE SIMAS, 2014) aponta algumas soluções interessantes para amenizar a ocorrência de crimes cibernéticos. A autora destaca a importância do aumento de investimentos em combate ao cibercrime, isto porque, segundo a mesma o Reino Unido e os Estados Unidos, países com uma forte resposta ao crime informático, aplicam poucos recursos nos seus orçamentos que nas forças policiais atingem 12,3 milhões no Reino Unido e 79 milhões de dólares nos Estados Unidos.

Outra resposta da autora é a incrementação à informação, conscientização e preparo na defesa digital. De maneira que as empresas (a nosso ver, notadamente as que lidam com operações comerciais e gerenciamento de dados) possam se preparar e prever as ações criminosas a partir da consciência do problema e a implementação de medidas de segurança, além do investimento do setor público em investigação, com a especialização de pessoal qualificado para a apuração das práticas delitivas deste tipo.

No Brasil, a investigação destes crimes se opera de maneira rudimentar e manual, por mais das vezes, ainda que se tenha investido em infraestrutura nos últimos anos, a realidade é que o maquinário e os recursos humanos são escassos e pouco qualificados.

Assim, o primeiro procedimento a ser realizado quando diante de um fato possivelmente qualificado como crime cibernético é a identificação do meio empregado. Existem muitas formas de ocorrer um crime informático, podendo ocorrer por e-mail, salas de bate papo, aplicativos de mensageiro, serviços de relacionamento, páginas da web.

Após, é necessário que haja a preservação das provas obtidas como meio de se comprovar a materialidade do fato criminoso. Assim, o primeiro passo que salvar e garantir os dados obtidos e, posteriormente, notificar o provedor para que sejam mantidos os registros no ambiente em que se deu o ocorrido, requerendo, na medida do possível a colaboração de todos os provedores envolvidos.

Com a identificação do crime e do meio empregado e tomadas as providências para o armazenamento das provas, é necessário atuar para a identificação dos responsáveis pelo serviço, seja nacional ou estrangeiro. Em havendo sido cometido através da extraterritorialidade, poderá ocorrer cooperação internacional, que há previsão em tratados e acordos internacionais a qual o Brasil é signatário.

Em seguida, é necessário que haja a violação de sigilo de dados telemáticos, nos termos da Lei 9.296 de 1996³⁶, (BRASIL, 1996). Com esta medida, o que se busca é a identificação do dispositivo o qual foi utilizado para a prática do crime, a partir do protocolo internet (IP) fornecido pelo provedor do serviço. Esta ocorrência se dá, quando em caso de crimes cometidos no Brasil, por meio de requisição de informações à concessionária de serviços telefônicos, pelo juízo.

Com todas estas informações, é necessário que a investigação incida para a comprovação da autoria e da materialidade do fato típico. Assim, poderão ser adotadas medidas para o melhor aproveitamento da investigação, como a busca e a apreensão do dispositivo eletrônico, com a necessária autorização judicial para que se proceda o acesso aos dados inseridos no dispositivo. A oitiva daquele que é contratante do serviço de internet utilizado para a operação criminosa, além de fotografias do local em que se deu a prática do crime. Com o dispositivo em posse dos investigadores, será realizada perícia nos dispositivos e materiais apreendidos.

A Lei de interceptação de dados telemáticos, Lei 9.296/1996, dispõe a respeito da possibilidade de se criar a uma espécie de conta paralela à original de modo que seja possível acessar os e-mails recebidos e enviados pelo investigado, além da gravação de todos os e-mails, bem como o acesso ao conteúdo da caixa postal e interceptação de todos os dados.

Importante mencionar que as principais dificuldades enfrentadas na apuração destas condutas são relacionadas à legislação insuficiente sobre o assunto. No Brasil, a atividade legiferante ainda não conhece as particularidades que este tipo de conduta criminosa possui, de maneira que se legisla somente aquilo que é lugar comum, como divulgação de mídias sexuais, por exemplo.

Além disso, verifica-se que não há um canal específico para a o recebimento de denúncias destes crimes, havendo comumente dupla investigação sobre o mesmo fato, o

³⁶Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

que gera prejuízo ao erário e a não proteção a outras pessoas também prejudicadas por este tipo de delito. Também, os sites hospedados em países estrangeiros são mais difíceis de se empreender medidas investigativas, ainda que haja ordem judicial para o cumprimento de diligências, o que demonstra que a cooperação internacional é deficitária.

5. Considerações finais

Conforme todo o exposto na presente obra, verifica-se que a realidade mundial caminha no sentido de que o mundo digital esteja cada vez mais inserido no dia a dia das pessoas, corporações e governos, de modo que é necessária uma regulamentação eficiente e atualizada do uso e armazenamento de informações e dados nos sistemas informáticos. No Brasil, a tecnologia chegou com pelo menos 20 anos de atraso, considerando que a internet foi criada na década de 1960 e somente no final dos anos 1980 houve alguma movimentação para que houvesse a inserção desta nova realidade no cotidiano acadêmico e militar e, muito posteriormente, na rotina da sociedade civil.

A internet é vista por muitos como a grande responsável pelas transformações sociais nas últimas décadas, muito porque, em virtude de sua popularização nos últimos anos, viabilizou a mudança de paradigmas em todas as classes sociais, no sentido de que o mercado financeiro atualmente opera na velocidade dos fatos, não havendo um atraso relevante na transação das informações. A internet aproximou pessoas com as redes sociais, facilitou a comunicação por meio de mensageiros instantâneos e facilitou procedimentos mercantis, como mais recente a implementação do sistema de pagamentos e transação financeira *pix*.

No entanto, como já dito, é importante destacar que a legislação brasileira não é atenta às diversas possibilidades de cometimento de crimes por meios cibernéticos, isto porque parece existir somente uma visão tradicional de cometimento de crimes, não levando em consideração que existem diversos dispositivos conectados à internet que, se utilizados de maneira equivocada ou mal intencionada, poderão gerar prejuízos à vítima.

Existem sistemas de segurança que são majoritariamente operacionalizados por meio remoto, via internet, o que significa que poderia haver o cometimento de um crime de incêndio (Art. 250 do Código Penal) Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo (Art. 261 do Código Penal), violação de domicílio (Art. 150 do Código Penal), Furto (Art. 155 do Código Penal), Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (Art. 266 do Código Penal), entre tantos outros.

Assim, este universo digital exige uma regulamentação adequada para que a convivência neste ambiente se opere de maneira lícita e saudável a todos os envolvidos. É necessário que haja produção legislativa clara, objetiva e precisa sobre o tema, de maneira que não é útil, tampouco desejável que se legisle sobre tudo e que esta lei não atenda aos fins que se pretende. É necessário que os órgãos de investigação sejam devidamente equipados com material moderno e equipe técnica devidamente qualificada e atualizada, além de que deve haver investimento no sentido de se prevenir a ocorrência de delitos, não apenas se reprimir o mal causado.

No Brasil as principais leis sobre o assunto são insuficientes para a prevenção destes delitos e a repressão muitas vezes não ocorre, justamente pelos fatos e motivos acima expostos. Se na década de 1990 verificou-se a tipificação de crimes contra a propriedade industrial, na contemporaneidade, os crimes evoluíram à sofisticação de espionagem industrial, de modo que se afeta o funcionamento ordinário e correto de economia regionais e globais, uma vez que incidem sobre a atividade financeira de grandes corporações e governos.

É inegável os avanços trazidos pela internet e todo o aparato técnico que permite a sua utilização. Contudo, os problemas enfrentados não parecem encontrar soluções na forma em que se tem empreendido esforços. Rotineiramente direitos são violados com a divulgação de imagens pessoais em sites públicos, o vazamento de informações pessoais, como dados cadastrais e senhas de bancos, contas em aplicativos e outras informações relevantes e o ordenamento jurídico não parece trazer solução ao problema, o que demonstra que além de ineficaz na proteção, o Poder Público não sabe como resolver a questão, ainda que temporariamente, embora o desejável seja uma resposta definitiva.

A Lei 12.737 de 2012 trouxe luz a uma problemática na realidade brasileira. Contudo, importa asseverar que dado o grau de sofisticação que a conduta exige para ser realizada, além do prejuízo, muitas vezes irreparável, à vítima, verifica-se que as penas são, no mínimo, insuficientes, haja vista a pena máxima para os crimes previstos nesta lei é de 2 anos e multa, Art. 2º da mencionada lei que acresceu o Art. 154-A ao Código Penal, o que implica em dizer que se trata de crime de menor potencial ofensivo. A mera imposição de penas mais rígidas não tem o condão de diminuir a ocorrência destes crimes, mas ocorre que além da captura destes criminosos ser cada vez mais difícil, o resultado do esforço culmina apenas em uma pena que não é sequer inibidora da reiteração da conduta, o que é um indicativo de que a situação é preocupante.

Referências

- ALEXY, R. (2015). Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores.
- BRASIL. (1940). DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Rio de Janeiro: Senado Federal.
- BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.
- BRASIL. (1996). Lei 9.296 de 24 de julho de 1996. Brasília: Senado Federal.
- BRASIL. (2012). Lei 12.737 de 2012. Brasília: Senado Federal.
- BRASIL. (2018). Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília: Senado Federal.
- BRIGGS, A., & BURKE, P. (2004). Uma história social da mídia: De Gutenberg à internet. São Paulo: Zahar.
- Comitê Gestor da Internet no Brasil. (2021). Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil.
- DE MORAES, G. (2018). Curso de Direito Constitucional . São Paulo: Atlas.
- DE SIMAS, D. (2014). O cibercrime. Lisboa: Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.
- HAFNER, K., & LYON, M. (2019). Onde os Magos Nunca Dormem: a Incrível História da Origem da Internet e dos Gênios por Trás de sua Criação. São Paulo: Red Tapioca.
- JORGE, H. (2021). Manual de educação digital, cidadania e prevenção de crimes cibernéticos - um guia para jovens, adultos, empresas, instituições e autoridade. Salvador: Juspodvim.
- LÓSSIO, C. (2022). O direito e o ciberespaço. Salvador : Juspodvim.
- MARTINS, G. (2006). Direito da Informática. Coimbra: Almedina.
- MASSON, N. (2016). Manual de Direito Constitucional. Salvador: Juspodvim.
- MENDES, G., & BRANCO, P. (2022). Curso de Direito Constitucional . São Paulo: Saraiva.
- ROSA, F. (2002). Crimes de Informática. Campinas: Bookseller.

RYAN, J. (2013). A history of the Internet and the Digital Future. Londres: Reaktion Books.

SYDOW, S. (2022). Curso de Direito Penal Informático - Partes Geral de Especial. Salvador: Juspodivm.

TURING, D. (2019). A história da computação: do Ábaco à Inteligência Artificial. São Paulo: M Books.

VIEIRA, E. (2018). Os bastidores da internet: a história de quem criou os primeiros negócios digitais do Brasil. São Paulo: Manole.

WU, T. (2012). Impérios da comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google. São Paulo: Zahar.

NÃO CALARÃO: A POLÍTICA DE TENTATIVA DE ESQUECIMENTO NO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL

FLAVIA AUGUSTA RODRIGUES GARCIA:

Advogada, inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná sob o nº 74.371, formada em 2014 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, 2018 e em Direito Tributário pela Faculdade Cidade Verde, 2020. Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul 2021

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o modo como o Brasil agiu em relação ao passado marcado por graves violações de direitos humanos. Pretende-se discutir a ausência de um efetivo processo de justiça de transição no país com a adoção de uma política de esquecimento na pauta da redemocratização.

Palavras-chave: Direitos humanos. Justiça de transição. Política de esquecimento. Redemocratização.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceituando justiça de transição. 3. Democratização e justiça de transição no Brasil. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

Como é sabido, a ditadura militar brasileira foi um período marcado por graves violações de direitos humanos, a despeito dos inúmeros debates reacionários e posições controvertidas sobre a questão. Durante esse período, militares se alternaram no exercício da chefia do Poder Executivo, governando o país por meio de Atos Institucionais, responsáveis por cassação de mandatos e direitos políticos, prisões arbitrárias, atos de censura e exílio de cidadãos contrários ao regime em vigor.

O presente estudo, contudo, não tem a pretensão de exaurir os terríveis crimes perpetrados durante tal contexto, mas analisar e debater as medidas tardias adotadas na transição para o regime democrático no país.

Assim, para se discutir o tema, num primeiro momento o artigo em tela abordará o conceito e as dimensões da justiça transicional numa perspectiva ampla e, em seguida, o enfoque será a compreensão histórica brasileira, apontando para o processo de redemocratização desenhado no Brasil e a escolha racional de uma política do esquecimento, que se mostra insuficiente para a consolidação de uma efetiva transição democrática.

2. CONCEITUANDO JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Nos idos do século XX, vários países atravessaram processos de transição de regimes autoritários para regimes democráticos, empreendendo mudanças de liberalização política. O elemento comum, a despeito das singularidades dos modelos políticos vigentes, assentou-se na necessidade de se estabelecer ou restabelecer um Estado Democrático de Direito, equacionando as violações perpetradas no período de exceção.

Assim, é importante observar que a finalidade primordial da justiça transacional consiste em promover a construção da paz após um período de conflito e de violação sistemática de direitos humanos, buscando restabelecer direitos e evitar futuras violações em massa.

Nessa senda, denominou-se de “justiça de transição” um conjunto de iniciativas empreendidas por vias internacional e interna nos países em processo de democratização, com esforços para disfarçar um novo regime das práticas do regime anterior, isto é, “um modo popular de caracterizar respostas a abusos do passado que ocorreram no contexto de mudança política (...)”³⁷.

Partindo dessa perspectiva, infere-se que a efetivação da justiça de transição somente se faz presente diante da adoção de uma série de medidas não taxativas e nem todas exclusivamente jurídicas. Os estudos acadêmicos classificaram tais medidas e experiências concretas em dimensões que passaram a influenciar no modo como as nações organizaram a inserção de novos mecanismos em seus processos internacionais, regionais e locais.

Paulo Abrão³⁸ assevera que a justiça transicional é composta de, ao menos, quatro dimensões, quais sejam: 1) a reparação; 2) o fortalecimento da verdade e a construção da memória; 3) a regularização da justiça e o restabelecimento da igualdade perante a lei e 4) reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos.

De fato, a transição de regimes demonstra a dificuldade de conciliação entre a proteção aos direitos humanos sistematicamente violados e a construção de um caminho viável para a democracia em relação ao tratamento dos excessos cometidos no período antecedente. Tal dificuldade não é estranha à realidade pátria.

³⁷ P.112 apud MEZAROBBA, Glenda. De que se Fala, quando se diz "Justiça de Transição"? BIB. São Paulo, jan. 2009, p. 112.

³⁸ ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D. As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: A anistia na era da responsabilização: O Brasil em perspectiva nacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

3. DEMOCRATIZAÇÃO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

A justiça de transição no Brasil transcorreu de forma lenta, gradual e controlada. Tanto é assim que o dever do Estado de investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos nunca foi cumprido efetivamente no caso brasileiro (MEZAROBBA, 2009).

O filósofo francês Loic Wacquant (2001, p. 06) ressalta que “a despeito do retorno à democracia constitucional, o Brasil nem sempre construiu um Estado de direito digno do nome”. Dito de outro modo, é como se a ditadura militar continuasse a pesar sobre o funcionamento jurídico-político estatal, contribuindo para a construção e o desenvolvimento de uma cultura política avessa ao Estado de Direito.

A consolidação do processo de abertura política deu-se no final dos anos 70, com a revogação do AI-5, a suspensão da censura e a decretação da anistia aos presos políticos. No pensamento militar, não era desejável uma retomada democrática com ampla participação popular, sob pena de acontecer uma revolução. Foram promulgadas então as leis de anistia (Lei nº 6.683/79) e do pluripartidarismo (Lei nº 6.767/79), que se apresentavam como instrumentos jurídicos tradutores da referida transição.

Nada obstante a sensação de vitória pelas vítimas, grupos e movimentos sociais que lutavam pela aprovação da lei de anistia, fato é que, além de não ser ampla, geral e irrestrita, referido instrumento político-normativo excluía, em verdade, os envolvidos na luta armada, considerados pelo regime autoritário como terroristas. Com efeito, tratou-se de uma autoanistia para os agentes da repressão estatal, uma medida característica de um processo transicional sob o controle do regime anterior.

É possível perceber o quanto o processo transicional brasileiro tem no conceito de anistia - imposta pelo regime de exceção - uma de suas principais características, impossibilitando-se uma plena transição para o Estado de Direito. A não responsabilização dos agentes perpetradores de crimes de Estado e de graves violações de direitos humanos no período de exceção, bem como a imposição de um padrão forçado de esquecimento contrapõem o papel que o Direito deve exercer num contexto de transição de regime autoritário para democrático. A transição brasileira, nesse sentido, opõe-se a outras, como a Argentina, onde existe um claro rechaço ao conjunto de atores que romperam com a legalidade.

Num segundo momento, o processo transicional brasileiro é marcado pelo processo constituinte com a promulgação da Constituição de 1988, ampliando-se a consolidação do sistema político-eleitoral e a garantia dos direitos fundamentais. Inegavelmente, a promulgação da Carta Cidadã é notadamente o marco jurídico mais importante da transição, não sendo, contudo, suficiente para efetivar a tão sonhada transição democrática. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da

República de 1988 (ADCT) preocupou-se pouquíssimo com problemas de “justiça”, cabendo aos operadores do direito a incumbência de encontrar fórmulas e mecanismos que permitissem a gradual compatibilização do acervo jurídico-normativo do período autoritário anterior com o novo acervo democrático em construção.

Há, assim, um modelo de transição de longa duração controlado por agentes do regime repressor que impossibilitou que as forças democráticas tivessem, ainda em 1988, capacidade para tratar de pautas essenciais de transição.

Não à toa que apenas no período mais atual, pós constituinte e de amadurecimento institucional, que as demandas propriamente ditas por justiça de transição surgiram.

4. CONCLUSÃO

Do quanto exposto, depreende-se que a justiça transacional, em essência, busca olhar para o futuro na expectativa de reformar instituições, promover o aprimoramento dos mecanismos democráticos e fortalecer a democracia no afã de evitar e prevenir violações sistemáticas a direitos humanos.

Nada obstante, no caso do Brasil, o desenvolvimento de uma justiça de transição foi politicamente travado por uma abertura democrática lenta e suave, caracterizada pela manutenção da mentalidade conservadora e autoritária.

Desta feita, a transição brasileira é marcada pela continuidade institucional entre antigo e novo regime, assim como pela manutenção de um pensamento jurídico-político militarizado.

Tem-se, assim, que a efetiva reconciliação democrática não deve estar calcada na cultura do esquecimento, mas sim nos pilares da justiça transacional que têm por escopo a recomposição do Estado e da sociedade.

Não se olvide, dessarte, que somente uma justiça de transição efetiva será capaz de guiar o país para um novo horizonte na história democrática brasileira, fundado no resgate da ordem democrática, da conscientização da sociedade e da garantia dos direitos humanos, além do abandono da cultura do esquecimento e do medo.

5. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D. As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: A anistia na era da responsabilização: O Brasil em perspectiva nacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

ABRÃO, Paulo. Verdade e justiça na transição política brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri (Organizadores). Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

ASSIS, Emerson Francisco de. Das "estranhas catedrais" da ditadura civil-militar à operação lava jato: A repercussão da ineficácia do eixo Memória e Verdade na Justiça de Transição Brasileira. In: CUNHA, Belinda Pereira da; DELIO, Luis. Direitos Humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

_____. ASSIS, Emerson Francisco de. Justiça de Transição e o atual discurso de negação dos Direitos Humanos no Brasil. Caruaru: EPJ, 2016.

GASPARI, Elio. A ditadura derrotada. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

MEZAROBBA, Glenda. De que se Fala, quando se diz "Justiça de Transição"? BIB. São Paulo, p. 111-122. jan. 2009.

MEZAROBBA, Glenda. De que se fala, quando se diz justiça de transição? In: ASSY, Bethania et al (Org.). Direitos Humanos: justiça, verdade e memória. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 245-260.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988. 1ed. Belo Horizonte: Initia Via Editora Ltda, 2014, p.7 a 34.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Democracia e anistia política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma justiça de transição. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 1, jan. 2009.

RICOUER, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas: Unicamp, 2007.

RUIZ, Castor M.M Bartolomé. (In) Justiça, Violência e Memória. O Que se Oculta pelo esquecimento tornará a repetir-se pela impunidade. In: DA SILVA FILHO, Jose Carlos Moreira et al. Justiça de Transição nas Américas Olhares Interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.77 a 108.

SAMPAIO, José Adércio Leite e LEMOS, Eduardo Loureiro. Notas sobre o Direito à Memória e à Verdade. In: SOARES, Inês Virginia Prado e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Atual. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 202 a 219.

WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ANÁLISE DA PROTEÇÃO JURÍDICA NO AMBIENTE VIRTUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

PATRICIA MACEDO DE CARVALHO:
Graduanda de Direito do Centro
Universitário São Lucas³⁹

STEFALYNE PEREIRA DO NASCIMENTO⁴⁰

(coautora)

MARCELO LIMA DE OLIVEIRA⁴¹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a questão dos crimes cibernéticos na realidade jurídica brasileira bem como a sua correlação com a proteção de direitos e garantias constitucionalmente tutelados, notadamente, o direito à privacidade e intimidade. Assim, buscou-se fazer um resgate histórico da evolução da internet para que se pudesse compreender a sua complexidade e a justificativa para a sua relevância na sociedade contemporânea. Demonstrou-se com o presente estudo que a proteção de dados foi o principal vetor para a criação da internet, contudo, demonstra-se que, dada as proporções que o sistema de informação assumiu na realidade, tem sido cada vez mais difícil manter o ambiente virtual seguro, haja vista o fluxo incessante de informações inseridas nos servidores operacionais da internet. Desta maneira, o Estado brasileiro não tem mostrado resultados positivos para a proteção de bens jurídicos tão caros e sensíveis para a sociedade. Para a realização do trabalho foi utilizada uma pesquisa básica, estratégica, descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa e método hipotético-dedutivo. Utilizou-se o procedimento de pesquisa bibliográfica, documental e análise de situação.

Palavras-chave: crimes; cibernéticos; direitos; privacidade; intimidade.

1.INTRODUÇÃO

Na atualidade, verifica-se que cada vez os usuários de serviços de internet estão imersos em sites, aplicativos e programas os quais são utilizados dados pessoais para a personalização destes serviços. Contudo, em decorrência da popularização da internet ser fenômeno recente na sociedade brasileira, denota-se que, não raro, ocorrem problemas de

39 Graduanda de Direito do Centro Universitário São Lucas. E-mail: patriciamacedopaty@gmail.com

40 Graduanda de Direito do Centro Universitário São Lucas. E-mail: falyne.nascimento@gmail.com

41 Professor Mestre Marcelo Lima de Oliveira, orientador. Professor do Centro Universitário São Lucas.

toda ordem na utilização destes serviços e, para fins desta obra, especificamente questões relacionadas à privacidade no mundo digital.

A internet não é mais um ambiente sem lei. Em que pese ser um ambiente livre, percebe-se que cada vez mais se busca a regulamentação do uso e acesso, uma vez que se pretende tornar o ambiente em um local seguro, evitando invasões a arquivos pessoais armazenados em bancos de dados digitais e até mesmo acesso a dispositivos, como celulares e computadores.

Contudo, demonstra-se rotineiramente que o ambiente virtual possui uma série de armadilhas que podem comprometer o bem-estar dos usuários, como a captura de dados pessoais e a consequente utilização indevida destas informações, notadamente a divulgação de imagens íntimas e acesso a dados bancários (LÓSSIO, 2022).

Para a realização deste trabalho será utilizada uma pesquisa básica, estratégica, para que possa promover a modificação social baseada em estudos técnicos, descritiva, com foco em aprofundar as questões levantadas no estudo, exploratória, para que se possa conhecer melhor o tema na sociedade, com abordagem qualitativa. Utilizou-se o procedimento de pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, a hipótese da presente obra é de que as leis nacionais a respeito dos crimes cibernéticos estão evoluindo paulatinamente, contudo, ainda se mostram insuficientes para o enfrentamento efetivo deste problema que é um problema cada vez mais comum na realidade brasileira e mundial.

O objetivo geral desta pesquisa é identificar se a legislação brasileira protege efetivamente os direitos e garantias fundamentais em casos de crimes cometidos por meios cibernéticos. Os objetivos específicos consistem em compreender a história e evolução dos sistemas de informática no Brasil, para que se trace um paralelo com a evolução legislativa das questões relativas ao tema, bem como analisar de que forma os crimes cibernéticos se operam, como são investigados e qual a consequência jurídica para aquele que comete o ato ilícito penal em matéria cibernética.

2. DESENVOLVIMENTO.

2.1. BREVE HISTÓRICO DA INTERNET: DE APARATO MILITAR À FERRAMENTA CIVIL

A internet foi criada em 1969, nos Estados Unidos da América, com o objetivo de permitir o armazenamento de informações e permitir a comunicação entre laboratórios de pesquisa do Departamento de Defesa Americano, ainda que houve algum ataque bélico às

unidades americanas durante a Guerra Fria, iniciada em 1957. Nesta época, a ferramenta era denominada como ARPANET, conforme dicção de Briggs e Burke (BRIGGS & BURKE, 2004)

A ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network; em português: Rede da Agência para Projetos de Pesquisa Avançada) funcionava por meio daquilo que se chamava de chaveamento de pacotes, que se trata da transmissão de informações entre dispositivos por meios de dados fracionados em pequenas partes, contendo a informação fragmentada até o momento da recepção pelo destinatária que reconstruiria o que foi transmitido pelo remetente, conforme estudo de (HAFNER & LYON, 2019).

Em 29 de outubro de 1969 houve o envio do primeiro e-mail, e na década de 1970 passou-se a ter pesquisas em diversas universidades, o que tornou o sistema da ARPANET difícil de ser gerenciado, razão pela qual o projeto ARPANET se dividiu em dois: ARPANET, para operações civis, e MILNET, para operações militares conforme diz Dermot Turing (TURING, 2019).

Os anos seguintes foram marcados pela soma de esforços de alunos e professores em armazenar informações no sistema e permitir o trânsito de informações, o que culminou em um sistema técnico denominado Protocolo Internet (Internet Protocol - IP), o qual as redes conectadas pelo endereço IP, que se trata de um sistema numérico presente em cada dispositivo de informações em uma rede para a comunicação, de modo que se identifica o hospedeiro da informação, além de informar a localização da rede, conforme Tim Wu (WU, 2012).

Em 1992 foi criado a World Wide Web (www), a qual se trata de uma rede mundial de documentos em formato inteligível à máquina e que são executados pelo sistema da Internet, e logo em seguida se criou o protocolo HTTPS (Hypertext Transfer Protocol Secure) que foi o primeiro sistema criado para a internet com o objetivo de se permitir transações financeiras e comerciais, de modo que se gerou a aproximação da sociedade civil para a internet na década de 1990. Em 2003, meio bilhão de pessoas estavam conectadas na internet, conforme aponta Johnny Ryan (RYAN, 2013).

No Brasil, por seu turno, os primeiros projetos relativos à internet surgiram a partir de 1988, a qual havia a conexão entre instituições estadunidenses e brasileiras. Somente em 1992 houve a abertura ao público, contudo, a infraestrutura primitiva e a ausência de investimentos somente permitiram a inserção do comércio na internet brasileira em 1995, conforme aponta Eduardo Vieira (VIEIRA, 2018).

Dados de 2021, obtidos por meio de pesquisa promovida pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil (Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021), apontam que em 2020 o Brasil passou a ter 152 milhões de usuários de internet, e demonstrou que 81% da população com mais de 10 anos de idade têm acesso a internet nos domicílios, ainda que 90% dos lares das classes mais vulneráveis da sociedade se conectam à internet por meio do celular, uma vez que não dispõem de computador.

Foi apresentada no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição (PEC 41/2021) que insere a inclusão digital como direitos fundamentais na Constituição, pela Senadora Simone Tebet. A proposta até a data de publicação desta obra ainda não possui relator, e se encontra sob análise na referida casa legislativa.

2.2. Do direito à intimidade e privacidade

Os Direitos à intimidade e privacidade são protegidos constitucionalmente, conforme previsão constante no Art. 5º, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), razão pela qual se trata de um direito fundamental. Importa trazer a obra de Gilmar Mendes e Paulo Branco (MENDES & BRANCO, 2022) a qual diz o seguinte:

O catálogo dos direitos fundamentais vem -se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

(...)

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.

(MENDES & BRANCO, 2022, p. 280 e 282)

Nesta esteira, convém expressar o que consiste em Direito à Privacidade e Intimidade. Para Nathalia Masson (MASSON, 2016, p. 218) traz importe posicionamento a respeito da privacidade:

A privacidade representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida do modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia.

(MASSON, 2016, p. 218)

A intimidade, por sua vez, considera naquilo que é referente ao modo de ser da pessoa, de modo que os demais da sociedade são excluídos ao acesso do objeto íntimo, conforme aponta Guilherme Peña de Moraes ((DE MORAES, 2018).

Importa destacar contudo, que não se trata de direito absoluto. Razão pela qual trazemos à discussão a valiosa lição de Robert Alexy (ALEXY, 2015), a qual traz a teoria das esferas para o debate. De acordo com o mencionado autor, existem três esferas de proteção aos direitos fundamentais.

A esfera mais interna tutela a liberdade humana, e se trata de um núcleo protegido em sua totalidade, uma vez que dispõe de matérias que não devem chegar ao conhecimento alheio, em razão de sua delicadeza. O outro círculo é a esfera privada ampla, que admite a interação com outros indivíduos, ainda que se trate de assunto reservado; por fim, existe a esfera social, que alcança tudo aquilo que não for protegido pelas esferas anteriores.

Importante destacar esta afirmação uma vez que não há direito absoluto, contudo, é necessário destacar que o não absolutismo não configura ausência de tutela, mas, apenas que o exercício deste direito sofre limitações a depender do caso em que se esteja discutindo. Assim, importa mencionar que pessoas famosas e públicas possuem direito à intimidade e privacidade como todos os seus pares sociais, contudo, há limitação em razão do ofício em que exercem e pelo interesse público. Trazemos a dicção de Gilmar Mendes a respeito:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes

de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.

(MENDES & BRANCO, 2022, p. 548)

No que se refere à privacidade e à intimidade, percebe-se que existe intensa (e justa) proteção constitucional e infraconstitucional. Conforme se observa no Capítulo I-A do Código Penal, o qual prever tipo penal de Registro não autorizado da intimidade sexual, no Art. 216-B, (BRASIL, 1940), por exemplo.

No tocante à privacidade na internet, denota-se que houve movimentação para a proteção aos dados pessoais na Europa com o Diretiva 95/46/CE, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e a circulação desses dados, a qual foi recentemente substituída pela General Data Protection Regulation (GDPR), que tem como objetivo estabelecer novos padrões e diretrizes para o uso e armazenamento de dados pessoais, uma vez que, não raro, ocorrem violações a direitos por uso indevido destas informações em várias áreas da sociedade, notadamente direitos do consumidor.

2.3 A proteção de dados na legislação brasileira

Como dito ao norte, há proteção constitucional à intimidade, privacidade e vida privada no ordenamento pátrio. Imperativo destacar que no ano de 2019 houve a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional (PEC 17/2019), a qual incluía a proteção de dados pessoais no rol de garantias individuais.

Em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP), Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2018), a qual dispõe a respeito da forma de uso e armazenamento de dados pessoais, notadamente os inseridos em mídias digitais, a qual se protege pessoa natural ou pessoa jurídica, de Direito Público e Privado, para que se promovesse a proteção de direitos fundamentais de liberdade e privacidade, de modo que se atribuiu uma série de responsabilidades, e suas respectivas sanções, aos gestores e usuários de dados pessoais, conforme aponta (JORGE, 2021).

Assim, demonstra-se que tem a proteção de dados na legislação nacional tem se mostrado uma preocupação para o Estado, uma vez que, com a mudança de realidade, as pessoas tem passado cada vez mais tempo no mundo virtual, o que indica que novas

condutas possam ser eventualmente lesivas e prejudiciais a determinados bem jurídicos, exigindo que seja dada a devida proteção.

A exemplo de violações a direitos no mundo virtual podemos citar o *bullyng, porn revenge*, racismo, pedofilia, furtos, entre outros. Com isto, nota-se que os meios tradicionais de repressão à criminalidade não têm se mostrado efetivos, razão pela qual se pugna pela atualização da legislação e das formas de torna-la efetiva.

Detecta-se que, em razão do grande volume de usuários, e a expansão massiva de informações veiculadas nas redes, o controle exercido pelas autoridades públicas é insuficiente, para não dizer irrisório. Ocorrem no ambiente virtual algumas práticas altamente danosas aos direitos individuais e coletivos, como por exemplo a invasão a sistema de dados, conhecido como *hacking, superzapping*, entre outras formas de prejuízo a nível pessoal ou institucional.

Ademais, é oportuno destacar que na rede mundial de computadores, existe uma rede paralela de circulação de dados, as quais comumente são realizados crimes cibernéticos, a saber: Deep Web e Dark Web.

Diante deste cenário, é pertinente trazermos à discussão o conceito de cibercrime. De início, cumpre mencionar que por se tratar de instituto jurídico recente, não existe definição precisa e pacífica a respeito do que vem a ser um crime cibernético. Para Garcia Martins (MARTINS, 2006), trata-se de ato em que o computador serve de meio para atingir um resultado crime, ou, ainda, onde o computador é alvo simbólico, ou ato em que o computador é objeto do crime.

Para Diana Simas (DE SIMAS, 2014), diz-se dos crimes cibernéticos:

Podemos afirmar que associado a este fenômeno da criminalidade informática estão, sem dúvida, condutas violadoras de direitos fundamentais, seja através da utilização da informática para a prática de um crime, ou como um elemento do tipo legal de crime. Face a esta perspectiva, a criminalidade informática em sentido amplo, engloba toda a actividade criminosa que pode ser cometida através de meios informáticos. Em sentido estrito, são englobados os crimes quem que o meio informático surge como parte integradora do tipo legal, ainda que o bem jurídico protegido não seja digital.

(DE SIMAS, 2014, p. 14)

Ademais, necessário trazer o conceito de Fabrício Rosa (ROSA, 2002):

A conduta atente contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma, compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja, ainda, na forma mais rudimentar; 2. O 'Crime de Informática' é todo aquele procedimento que atenta contra os dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão; 3. Assim, o 'Crime de Informática' pressupõe dois elementos indissolúveis: contra os dados que estejam preparados às operações do computador e, também, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los; 4. A expressão crimes de informática, entendida como tal, é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão; 5. Nos crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, [entre outros].

2.3.1. Lei 12.737 de 2012 – A Lei Carolina Dieckman

Em maio de 2011, a atriz Carolina Dieckmann sofreu atentado cibernético o qual resultou na captura de arquivos de mídia em formato de fotos e mensagens de texto, o qual se encontravam em situação de nudez e exposição de intimidades e o invasor exigiu o pagamento na quantia de R\$ 10.000 reais para que não houvesse a publicação das mídias. Como não houve o pagamento, fez-se a divulgação clandestina de 36 fotos da atriz que rapidamente foram espalhadas por toda a internet, sendo hospedadas nos mais diversos bancos de dados de sites de conteúdo adulto e erótico.

No caso em questão, verificou-se intensa pressão de vários setores da sociedade civil para que houvesse resposta legislativa para o caso concreto. Cumpre destacar que mesmo antes da lei, a invasão de ambiente virtual e subtrair dados já era conduta tipificada na lei pena, contudo, não havia norma que tratava especificamente sobre a matéria, razão pela qual se operou a promulgação da referida lei (BRASIL, 2012).

Imperativo destacar que a previsão da lei não se limita somente ao sequestro de mídias e divulgação clandestina, conforme a exposição midiática à época fez parecer. A lei em comento tipifica três condutas. Tais sejam: 1) Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa; 2) Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa; e 3) Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.

Importa destacar que a apreciação da violação ao bem jurídico quando resulta deste tipo penal somente se opera mediante representação do ofendido, ressalvados os casos em que o ofendido é a Administração Pública direta ou indireta, qualquer dos Poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme aponta (SYDOW, 2022).

2.3.2. Lei nº13.718/2018

Conhecida como a lei da importunação sexual criminaliza atos libidinosos sem o consentimento da vítima além da divulgação de cena de estupro, de sexo ou de pornografia sem o consentimento de quem está participando da gravação, bem como daquele que se destina o envio.

A lei em comento surge diante de um cenário em que houve uma série de ocorrências sociais em que havia a gravação de cenas de sexo, com ou sem o consentimento dos envolvidos, e o envio desta mídia para terceiros de maneira não autorizada pelos filmados. A conduta em questão atenta contra a dignidade, uma vez que expõe de maneira desmedida a vida sexual dos envolvidos na prática do ato libidinoso.

Verificou-se, ao longo da década de 2010, a prática daquilo que se convencionou denominar de *revenge porn* em que o sujeito ativo do crime divulga material erótico do companheiro atual ou pretérito como forma de retaliação após o término de um

relacionamento ou ocorrência de algum dissabor na relação. A prática se enquadra neste tipo penal.

2.4. Da apuração de crimes cibernéticos

A apuração de crimes mais frequentes na sociedade, como roubo, tráfico de entorpecentes, homicídios, já são suficientemente difíceis de se operar, ainda que se trate de violação corriqueira e há muito tempo assola a realidade de nosso país. Contudo, em decorrência da cada vez mais frequente informatização da sociedade, constata-se que um crescente aumento na ocorrência de crimes no ambiente virtual. Diante de um cenário pouco explorado, demonstra-se uma verdadeira dificuldade do Poder Público em investigar a ocorrência desta modalidade de crime.

De início, percebe-se que há uma verdadeira ausência de metodologia para a investigação destes delitos, uma porque há cada vez mais sistemas operacionais que permitem uma atuação furtiva do infrator, duas porque não há um compartilhamento de informações e dados entre os órgãos e organizações governamentais e não governamentais, além do elevado grau técnico que a ocorrência deste tipo de crime se opera, vê-se que nem sempre existe pessoal capacitado para lidar com eventos desta magnitude. Não o suficiente, demonstra-se o caso da extraterritorialidade do crime, conforme aponta França, Araújo e Taveira (FRANÇA, ARAÚJO, & TAVEIRA, 2018). Muitas das vezes um crime cujo resultado se deu em determinado país, foi realizado por sujeito ativo em um segundo país, utilizando de um servidor de um terceiro país.

Assim, percebe-se que há um verdadeiro óbice no que tange à identificação do infrator haja vista comumente se utilizar de sistemas cuja a localização do usuário seja camuflada e, até mesmo, alterada. Além de tudo, diariamente são depositadas incontáveis informações no sistema da internet, o que torna, até o momento, impossível a filtragem da legalidade de determinado conteúdo.

Dimas (DE SIMAS, 2014) aponta algumas soluções interessantes para amenizar a ocorrência de crimes cibernéticos. A autora destaca a importância do aumento de investimentos em combate ao cibercrime, isto porque, segundo a mesma o Reino Unido e os Estados Unidos, países com uma forte resposta ao crime informático, aplicam poucos recursos nos seus orçamentos que nas forças policiais atingem 12,3 milhões no Reino Unido e 79 milhões de dólares nos Estados Unidos.

Outra resposta da autora é a incrementação à informação, conscientização e preparo na defesa digital. De maneira que as empresas (a nosso ver, notadamente as que

lidam com operações comerciais e gerenciamento de dados) possam se preparar e prever as ações criminosas a partir da consciência do problema e a implementação de medidas de segurança, além do investimento do setor público em investigação, com a especialização de pessoal qualificado para a apuração das práticas delitivas deste tipo.

No Brasil, a investigação destes crimes se opera de maneira rudimentar e manual, por mais das vezes, ainda que se tenha investido em infraestrutura nos últimos anos, a realidade é que o maquinário e os recursos humanos são escassos e pouco qualificados.

Assim, o primeiro procedimento a ser realizado quando diante de um fato possivelmente qualificado como crime cibernético é a identificação do meio empregado. Existem muitas formas de ocorrer um crime informático, podendo ocorrer por e-mail, salas de bate papo, aplicativos de mensageiro, serviços de relacionamento, páginas da web.

Após, é necessário que haja a preservação das provas obtidas como meio de se comprovar a materialidade do fato criminoso. Assim, o primeiro passo que salvar e garantir os dados obtidos e, posteriormente, notificar o provedor para que sejam mantidos os registros no ambiente em que se deu o ocorrido, requerendo, na medida do possível a colaboração de todos os provedores envolvidos.

Com a identificação do crime e do meio empregado e tomadas as providências para o armazenamento das provas, é necessário atuar para a identificação dos responsáveis pelo serviço, seja nacional ou estrangeiro. Em havendo sido cometido através da extraterritorialidade, poderá ocorrer cooperação internacional, que há previsão em tratados e acordos internacionais a qual o Brasil é signatário.

Em seguida, é necessário que haja a violação de sigilo de dados telemáticos, nos termos da Lei 9.296 de 1996, (BRASIL, 1996). Com esta medida, o que se busca é a identificação do dispositivo o qual foi utilizado para a prática do crime, a partir do protocolo internet (IP) fornecido pelo provedor do serviço. Esta ocorrência se dá, quando em caso de crimes cometidos no Brasil, por meio de requisição de informações à concessionária de serviços telefônicos, pelo juízo.

Com todas estas informações, é necessário que a investigação incida para a comprovação da autoria e da materialidade do fato típico. Assim, poderão ser adotadas medidas para o melhor aproveitamento da investigação, como a busca e a apreensão do dispositivo eletrônico, com a necessária autorização judicial para que se proceda o acesso aos dados inseridos no dispositivo. A oitiva daquele que é contratante do serviço de internet utilizado para a operação criminosa, além de fotografias do local em que se deu a

prática do crime. Com o dispositivo em posse dos investigadores, será realizada perícia nos dispositivos e materiais apreendidos.

A Lei de interceptação de dados telemáticos, Lei 9.296/1996, dispõe a respeito da possibilidade de se criar a uma espécie de conta paralela à original de modo que seja possível acessar os e-mails recebidos e enviados pelo investigado, além da gravação de todos os e-mails, bem como o acesso ao conteúdo da caixa postal e interceptação de todos os dados.

Importante mencionar que as principais dificuldades enfrentadas na apuração destas condutas são relacionadas à legislação insuficiente sobre o assunto. No Brasil, a atividade legiferante ainda não conhece as particularidades que este tipo de conduta criminosa possui, de maneira que se legisla somente aquilo que é lugar comum, como divulgação de mídias sexuais, por exemplo.

Além disso, demonstra-se que não há um canal específico para a o recebimento de denúncias destes crimes, havendo comumente dupla investigação sobre o mesmo fato, o que gera prejuízo ao erário e a não proteção a outras pessoas também prejudicadas por este tipo de delito. Também, os sites hospedados em países estrangeiros são mais difíceis de se empreender medidas investigativas, ainda que haja ordem judicial para o cumprimento de diligências, o que demonstra que a cooperação internacional é deficitária.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto na presente obra, constata-se que a realidade mundial caminha no sentido de que o mundo digital esteja cada vez mais inserido no dia a dia das pessoas, corporações e governos, de modo que é necessária uma regulamentação eficiente e atualizada do uso e armazenamento de informações e dados nos sistemas informáticos. No Brasil, a tecnologia chegou com pelo menos 20 anos de atraso, considerando que a internet foi criada na década de 1960 e somente no final dos anos 1980 houve alguma movimentação para que houvesse a inserção desta nova realidade no cotidiano acadêmico e militar e, muito posteriormente, na rotina da sociedade civil.

A internet é vista por muitos como a grande responsável pelas transformações sociais nas últimas décadas, muito porque, em virtude de sua popularização nos últimos anos, viabilizou a mudança de paradigmas em todas as classes sociais, no sentido de que o mercado financeiro atualmente opera na velocidade dos fatos, não havendo um atraso relevante na transação das informações. A internet aproximou pessoas com as redes sociais, facilitou a comunicação por meio de mensageiros instantâneos e facilitou

procedimentos mercantis, como mais recente a implementação do sistema de pagamentos e transação financeira *pix*.

No entanto, como já dito, é importante destacar que a legislação brasileira não é atenta às diversas possibilidades de cometimento de crimes por meios cibernéticos, isto porque parece existir somente uma visão tradicional de cometimento de crimes, não levando em consideração que existem diversos dispositivos conectados à internet que, se utilizados de maneira equivocada ou mal intencionada, poderão gerar prejuízos à vítima.

Existem sistemas de segurança que são majoritariamente operacionalizados por meio remoto, via internet, o que significa que poderia haver o cometimento de um crime de incêndio (Art. 250 do Código Penal) Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo (Art. 261 do Código Penal), violação de domicílio (Art. 150 do Código Penal), Furto (Art. 155 do Código Penal), Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (Art. 266 do Código Penal), entre tantos outros.

Assim, este universo digital exige uma regulamentação adequada para que a convivência neste ambiente se opere de maneira lícita e saudável a todos os envolvidos. É necessário que haja produção legislativa clara, objetiva e precisa sobre o tema, de maneira que não é útil, tampouco desejável que se legisle sobre tudo e que esta lei não atenda aos fins que se pretende. É necessário que os órgãos de investigação sejam devidamente equipados com material moderno e equipe técnica devidamente qualificada e atualizada, além de que deve haver investimento no sentido de se prevenir a ocorrência de delitos, não apenas se reprimir o mal causado.

No Brasil as principais leis sobre o assunto são insuficientes para a prevenção destes delitos e a repressão muitas vezes não ocorre, justamente pelos fatos e motivos acima expostos. Se na década de 1990 verificou-se a tipificação de crimes contra a propriedade industrial, na contemporaneidade, os crimes evoluíram à sofisticação de espionagem industrial, de modo que se afeta o funcionamento ordinário e correto de economia regionais e globais, uma vez que incidem sobre a atividade financeira de grandes corporações e governos.

É inegável os avanços trazidos pela internet e todo o aparato técnico que permite a sua utilização. Contudo, os problemas enfrentados não parecem encontrar soluções na forma em que se tem empreendido esforços. Rotineiramente direitos são violados com a divulgação de imagens pessoais em sites públicos, o vazamento de informações pessoais, como dados cadastrais e senhas de bancos, contas em aplicativos e outras informações

relevantes e o ordenamento jurídico não parece trazer solução ao problema, o que demonstra que além de ineficaz na proteção, o Poder Público não sabe como resolver a questão, ainda que temporariamente, embora o desejável seja uma resposta definitiva.

A Lei 12.737 de 2012 trouxe luz a uma problemática na realidade brasileira. Contudo, importa asseverar que dado o grau de sofisticação que a conduta exige para ser realizada, além do prejuízo, muitas vezes irreparável, à vítima, repara-se que as penas são, no mínimo, insuficientes, haja vista a pena máxima para os crimes previstos nesta lei é de 2 anos e multa, Art. 2º da mencionada lei que acresceu o Art. 154-A ao Código Penal, o que implica em dizer que se trata de crime de menor potencial ofensivo. A mera imposição de penas mais rígidas não tem o condão de diminuir a ocorrência destes crimes, mas ocorre que além da captura destes criminosos ser cada vez mais difícil, o resultado do esforço culmina apenas em uma pena que não é sequer inibidora da reiteração da conduta, o que é um indicativo de que a situação é preocupante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. (2015). Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores.

BRASIL. (1940). DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Rio de Janeiro: Senado Federal.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. (1996). Lei 9.296 de 24 de julho de 1996. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. (2012). Lei 12.737 de 2012. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. (2018). Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília: Senado Federal.

BRIGGS, A., & BURKE, P. (2004). Uma história social da mídia: De Gutenberg à internet. São Paulo: Zahar.

Comitê Gestor da Internet no Brasil. (2021). Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil.

DE MORAES, G. (2018). Curso de Direito Constitucional . São Paulo: Atlas.

DE SIMAS, D. (2014). O cibercrime. Lisboa: Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.

HAFNER, K., & LYON, M. (2019). Onde os Magos Nunca Dormem: a Incrível História da Origem da Internet e dos Gênios por Trás de sua Criação. São Paulo: Red Tapioca.

JORGE, H. (2021). Manual de educação digital, cibercidadania e prevenção de crimes cibernéticos - um guia para jovens, adultos, empresas, instituições e autoridade. Salvador: Juspodvim.

LÓSSIO, C. (2022). O direito e o ciberespaço. Salvador : Juspodvim.

MARTINS, G. (2006). Direito da Informática. Coimbra: Almedina.

MASSON, N. (2016). Manual de Direito Constitucional. Salvador: Juspodvim.

MENDES, G., & BRANCO, P. (2022). Curso de Direito Constitucional . São Paulo: Saraiva.

ROSA, F. (2002). Crimes de Informática. Campinas: Bookseller.

RYAN, J. (2013). A history of the Internet and the Digital Future. Londres: Reaktion Books.

SYDOW, S. (2022). Curso de Direito Penal Informático - Partes Geral de Especial. Salvador: Juspodvim.

TURING, D. (2019). A história da computação: do Ábaco à Inteligência Artificial. São Paulo: M Books.

VIEIRA, E. (2018). Os bastidores da internet: a história de quem criou os primeiros negócios digitais do Brasil. São Paulo: Manole.

WU, T. (2012). Impérios da comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google. São Paulo: Zahar.

AS PECULIARIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO DO TREINADOR PROFISSIONAL DE FUTEBOL NO BRASIL

PAULO HENRIQUE SILVA PINHEIRO:

Mestrando em Direito Desportivo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Católica de Goiás, e em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes⁴².

RUI BARBOSA DE CARVALHO SANTOS⁴³

(coautor)

RESUMO: O treinador profissional de futebol no Brasil, mais conhecido como técnico de futebol, é uma categoria profissional diferenciada, com regulação própria, instituída pela Lei nº 8.650/1993. Temas peculiares a este contrato de trabalho, como as suas características, direitos e deveres, registro na CBF, licenciamento para o exercício da função, pré-contrato, direito de imagem, voz, nome profissional e apelido do treinador profissional de futebol, fraude e ônus da prova, além da jornada de trabalho e formas de extinção contratual, serão tratados no artigo. Ao final, é abordado o Projeto de Lei nº 7.560/2014, e o seu atual estágio de tramitação.

Palavras-chave: Treinador profissional de futebol. Contrato de trabalho. Peculiaridades. Projeto de Lei nº 7.560/2014.

ABSTRACT: The professional soccer coach in Brazil, better known as soccer coach, is a differentiated professional category, with its own regulation, established by Law nº 8.650/1993. Subjects peculiar to this employment contract, such as its characteristics, rights and duties, registration with the CBF, licensing for the exercise of the function, pre-contract, image rights, voice, professional name and nickname of the professional football coach, fraud and burden of proof, in addition to working hours and forms of contractual termination, will be dealt with in the article. At the end, the Bill nº 7.560/2014 is approached, and its current stage of processing.

42 ORCID 0000-0002-5562-2881. ID Lattes: 4009561837481398. E-mail: paulohenrique@pinheiroadvogados.net

43 Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Especialista de Gestão do Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas e em Tutela do Meio Ambiente e Saúde do Trabalhador pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. ORCID 0000-0002-9672-0162. ID Lattes: 0685163021129169. E-mail: ruibarvalho@gmail.com

Keywords: Professional football coach. Employment contract. peculiarities. Bill nº. 7.560/2014.

1- Notas introdutórias

Toda a controvérsia sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho do treinador profissional de futebol ficou superada com a edição da Lei nº 8.650, de 20 de abril de 1993 (Lei nº 8.650/1993), que definiu o clube de futebol, ou a associação desportiva, como empregador e o treinador profissional como empregado (artigos 1º e 2º).

Sobre o contrato do treinador profissional de futebol ou do técnico de futebol, como popularmente é chamado, aplicam-se as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, nos termos de seu artigo 7º, ressalvadas as normas e exceções trazidas pela Lei nº 8.650/1993.

Na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), instituída pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), o treinador profissional de futebol é uma profissão regulamentada e cadastrada com o número 224135, tendo, dentre outras tarefas, a de coordenar atividade física e esportiva dos atletas, identificar necessidades com planejamento de ações de intervenção pessoal, desenvolver treinamento na modalidade esportiva, intervir nos processos competitivos, comunicar e demonstrar competências pessoais.

A atividade principal do treinador profissional de futebol é promover o treinamento dos atletas, ministrando-lhes técnicas e regras da modalidade esportiva, com o objetivo de assegurar-lhes conhecimentos táticos e técnicos suficientes para a prática desse esporte.

Desse modo, todos os profissionais que exerçam tais tarefas podem ser caracterizados como treinadores profissionais de futebol, como é o caso, por exemplo, dos treinadores de goleiros, aplicando-se as disposições da Lei nº 8.650/1993⁴⁴.

2- Habilitação para a função

Sobre o exercício da profissão de treinador profissional de futebol, o artigo 3º da Lei nº 8.650/1993 diz que fica assegurado, preferencialmente, aos portadores do diploma do curso de Educação Física, com o devido credenciamento no conselho da classe (CREF), e aos profissionais que, até a data do início da vigência desta Lei, hajam, comprovadamente, exercido cargos ou funções de treinador de futebol por prazo não inferior a seis meses, como empregado ou autônomo, em clubes ou associações filiadas às Ligas ou Federações, em todo o território nacional.

⁴⁴ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AI RR-11624-65.2014.5.01.0046**. Quarta Turma. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 27/04/2018.

Destaca-se que o desempenho do cargo de treinador profissional de futebol não é uma atividade privativa aos profissionais graduados em Educação Física, nos moldes da Lei nº 9.696/98, visto que o caput do artigo 3º da Lei nº 8.650/1993 confere apenas prioridade aos diplomados ao utilizar a expressão “preferencialmente”, com destaque da jurisprudência pacífica sobre a matéria no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça⁴⁵.

Na prática, não há nenhuma vedação legal para o exercício da função. Aliás, é comum que boa parte dos treinadores profissionais de futebol seja ex-atletas, que já possuem uma vivência na modalidade esportiva.

3 – Licença da CBF. Liberdade de trabalho.

No ano de 2017, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) criou o sistema de licenciamento de clubes, que consiste em uma autorização por ela concedida ao clube, habilitando-o a disputar determinada competição, desde que observados requisitos mínimos definidos. Trata-se de um processo formal de prestação de informações, em cada temporada, submetidas à decisão final pelo órgão próprio. No caso, a licença concedida ao clube é personalíssima e intransferível.

Dentre as condições essenciais, a partir do ano de 2019, passou a ser exigido que todos os treinadores das categorias de base apresentem, pelo menos, a Licença B emitida pela CBF, ou, então, que o treinador esteja devidamente matriculado no curso para obtenção de referida licença. Já os treinadores das equipes principais deverão apresentar a Licença Honorária, Licença Pro ou Licença A, expedidas pela CBF, ou, então, estar matriculado no curso para obtenção de licença.

Uma discussão poderia ser travada no sentido de se essa imposição feita pela CBF da aquisição da licença emitida exclusivamente por ela não seria uma limitação ao exercício da profissão de treinador profissional de futebol e, por consequência, uma afronta ao artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal, que vaticina ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁴⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 700.269/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins, DJe 02/09/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 702.306/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Og Fernandes, DJe 01/07/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.369.482/PE**. Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/05/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.650.759/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, DJe 01/08/2017.

A referida questão ainda não foi objeto de questionamento junto ao Poder Judiciário ou mesmo na Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) da CBF.

A favor da regularidade do licenciamento junto à CBF para o exercício da função de treinador de futebol, sem que tal restrição caracterize uma afronta ao direito fundamental da liberdade de trabalho, há os argumentos de que é necessário compatibilizar o regime jurídico desse contrato de trabalho com o Direito do Trabalho e com o Direito Desportivo, equilibrando a tutela do trabalho e a tutela do jogo, para que haja a promoção dos interesses do trabalhador e a preservação do interesse da competição, sendo esta particularidade a causa mista do contrato desportivo.

Nesse sentido, a entidade de administração do desporto goza de autonomia esportiva quanto a sua organização e funcionamento, de acordo com o artigo 217, inciso I da Constituição Federal, sendo a medula espinhal de toda a legislação esportiva brasileira, podendo editar normas e regras para que os clubes e seus profissionais possam participar das competições por ela instituídas, dentre os quais inclui a licença para atuar como treinador profissional de futebol.

Esta corrente entende que a autonomia é atributo da organização esportiva em todo o mundo, na forma disposta na Carta Olímpica, e limita a atuação do Estado, conforme reconhecido pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU e inscrito na Constituição Federal, e visa a assegurar que não haja interferência externa indevida que ameace a garantia da incerteza do resultado esportivo, a integridade do esporte e a harmonia do sistema privado transnacional autônomo denominado de *lex sportiva*, composto por organizações esportivas, suas normas e regras e os órgãos de resolução de controvérsias, incluídos seus tribunais.

Por essas razões é que não haveria violação à liberdade de trabalho a existência da condicionante da obtenção da licença, pois deve ser compreendida de acordo com o arcabouço esportivo que se aplica a essas competições, em conformidade com a autonomia das entidades de administração do desporto

Em sentido contrário, há a posição segundo a qual o inciso I do artigo 217, da Constituição Federal, não autoriza a limitação do exercício da profissão de treinador de futebol por uma entidade privada, como é a CBF, pois isso caracterizaria uma antinomia entre dispositivos constitucionais.

Segundo o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. E quais são essas qualificações? Podem ser entendidas como qualificações legais as exigências da CBF relativas ao licenciamento, como participação em curso ministrado exclusivamente pela CBF? Atende ao escopo do inciso XIII, do artigo 5º da CF a

exigência de Licença Honorária, Licença Pro ou Licença A, expedidas pela CBF ou, então, estar matriculado no curso para obtenção dessas licenças?

Note-se que os atos da CBF, em que pese a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento, não se revestem de força de lei, ou seja, não são leis em sentido formal ou material e não podem estabelecer limitações ao exercício de uma profissão. Além disso, a regulamentação do exercício da profissão de treinador de futebol não pode ser entendida como parte da organização e funcionamento das entidades desportivas dirigentes e associações, assim como a profissão de atleta.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sólida jurisprudência sobre esse tema, sendo pacífico o entendimento segundo o qual a regulamentação do exercício de profissões está sujeita a reserva legal qualificada⁴⁶. Como consequência, o que se extrai da jurisprudência do STF é que a regulamentação de profissões exige lei em sentido estrito e deve se ater a requisitos técnicos indispensáveis à preservação da sociedade pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.

Por essa via, a segunda vertente entende que não é possível sustentar a constitucionalidade da exigência de participação em curso exclusivamente ministrado pela CBF, como requisito para o exercício da profissão de treinador de futebol, no Brasil.

4- Características do contrato de trabalho

O contrato de trabalho do treinador profissional de futebol distingue-se dos contratos de trabalho em geral, regidos pela CLT, pois se caracteriza pelo fato de ser um contrato com forma escrita obrigatória e conteúdo mínimo estabelecido em lei. Além disso, há aspectos relevantes ínsitos à sua função que levam à diferenciação em relação aos demais contratos de trabalho, como as obrigações de participar de jogos, treinos e concentração, manter disciplina comportamental em campo ou fora dele, estabelecer uma metodologia de trabalho técnico e tático para a equipe, como definição de períodos de treinos, palestras, elaboração da lista dos convocados para a partida, escolha do sistema de jogo, do capitão do time, realização de substituições, dentre outros.

O treinador profissional de futebol que mantenha contrato de trabalho com um clube de futebol é um empregado, com as especificidades contratuais dispostas na Lei nº 8.650/1993, devendo o seu contrato de trabalho ser anotado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) pelo clube empregador. Também deve estar especificada a sua

⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 511961**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 17/06/2009.

remuneração, como salário, as gratificações, os prêmios, as bonificações, o valor das luvas, caso ajustadas, bem como a forma, tempo e lugar de pagamento.

A exclusividade não é um requisito previsto no artigo 3º da CLT para a caracterização do vínculo empregatício, sendo possível que um empregado labore para dois ou mais empregadores, desde que em jornada de trabalho compatíveis, como é o caso de profissionais que otram em escala de trabalho 12 por 36 horas.

Mas o parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 8.650/1993 exige que o contrato de trabalho do treinador profissional de futebol seja registrado, no prazo improrrogável de dez dias, no Conselho Regional de Desportos e na Federação ou Liga à qual o clube ou associação for filiado. Por razões inerentes à natureza competitiva dos jogos e a preservação da integridade das competições, a CBF permite o registro do treinador profissional de futebol apenas por um clube de cada vez, ou seja, impõe que o treinador trabalhe de forma exclusiva para um clube, pois o registro é limitado a uma única entidade de prática desportiva e somente ocorre com a publicação do seu nome no Boletim Informativo Diário, denominado de BID. Quando ocorre de haver mais de um pedido de registro em relação ao mesmo técnico de futebol, será aplicado o princípio da prioridade, acolhendo-se apenas o que houver sido recebido em primeiro lugar na CBF.

Outra característica específica do contrato de trabalho do treinador profissional de futebol é que ele obrigatoriamente deve ser por prazo determinado, com vigência máxima de dois anos, consoante artigo 6º, inciso I da Lei nº 8.650/1993, afastando a norma do §2º do artigo 443 da CLT, por incompatível com o conteúdo da norma especial. Também não há proibição de que o clube e o treinador profissional de futebol firmem contratos de trabalho sucessivos após o decurso do prazo de dois anos, sem que isto caracterize unicidade contratual. Em situação análoga, envolvendo a categoria de atleta profissional de futebol, a SBDI-I do c. TST reconheceu a impossibilidade⁴⁷.

Sobre o prazo mínimo do contrato de trabalho, a lei específica é silente, presumindo a possibilidade de sua pactuação por qualquer prazo, respeitado o limite de dois anos. Contudo, sem qualquer previsão legal e nem regulamentar, o sistema de registro da CBF, denominado "gestão web", impõe arbitrariamente o período de, pelo menos, noventa dias, não havendo nenhuma possibilidade de anotação de termo inferior.

Importante esclarecer que a eventual ausência de formalização do contrato de trabalho na CTPS, ou mesmo de um instrumento por escrito, não lhe retira a sua natureza de prazo determinado, incumbindo ao empregador o ônus da prova em relação à data

⁴⁷ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **E-ED-ARR-452-36.2012.5.03.0113**. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT de 29/07/2016.

final do contrato, com base no artigo 818, inciso II da CLT, sob pena de prevalecer o prazo máximo de dois anos.

Em relação ao registro do contrato de trabalho, embora o artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.650/1993 determine que este seja feito, no prazo máximo de dez dias, na entidade de administração do desporto a qual o clube está vinculado, não havia a exigência por parte da entidade organizadora e nenhuma sanção à agremiação em caso de descumprimento.

Contudo, a partir do dia 10 de abril de 2017, a CBF criou o sistema de registro do contrato de treinadores de futebol, passando a ser obrigatório para os clubes que disputam o campeonato brasileiro, em todas as suas séries, conforme previsão nos seus regulamentos específicos, nos mesmos moldes dos procedimentos adotados para seus atletas. Atualmente, todos os torneios profissionais e de base feitos pela CBF exigem o registro do contrato de trabalho do treinador profissional de futebol, como campeonato brasileiro de futebol, copa do Brasil, dentre outros.

O registro obrigatório do contrato de trabalho do treinador de futebol no sistema de registro da CBF é uma das condições para que ele possa ser inscrito na competição e participar regularmente das partidas. Ele somente estará apto a participar desportivamente após a CBF verificar a regularidade da documentação e houver a publicação do registro do contrato de trabalho no BID. Caso o treinador participe de uma partida oficial sem o registro no sistema da CBF, estará o clube empregador sujeito às penalidades disciplinares da Justiça Desportiva, sem prejuízo de eventuais infrações trabalhistas.

Ao acessar o sistema de registro da CBF, o clube empregador terá acesso aos campos para preenchimento obrigatório de diversos dados, de forma bem simples e intuitiva. Esse registro conforma um contrato de trabalho “padrão” do treinador profissional de futebol, denominado pela entidade de administração de desporto como “contrato especial de trabalho desportivo”, semelhante à imposição legal feita ao atleta profissional de futebol.

Quando da solicitação de registro, o sistema da CBF irá gerar um contrato de trabalho padrão, intitulado de “Contrato Especial de Trabalho Desportivo do Técnico de Futebol”, que deve conter o nome do técnico de futebol e do clube, com os respectivos números de inscrição, dados da CTPS e CPF do técnico, além do período de vigência contratual, remuneração, se houve ou não participação de intermediário na negociação, e cláusulas extras, se houver, desde que não colidentes com as normas da FIFA e da legislação nacional. Ainda, o clube empregador deve anexar ao contrato de trabalho cópias do documento de identidade, CPF, passaporte (se estrangeiro), CTPS e, se for o caso, a declaração de participação de intermediário. Quanto ao número de inscrição, caso o treinador já tenha sido atleta profissional de futebol, permanecerá o mesmo para a sua

atual função. No tocante à assinatura do contrato, o treinador obrigatoriamente deve assinar de próprio punho ou por assinatura digital, eletrônica ou biométrica.

Já as cláusulas extras, que nada mais são do que eventuais ajustes específicos sobre o contrato de trabalho, como eventuais premiações, reajustes salariais, multas rescisórias, regras de comportamento, de relacionamento com a imprensa, jornada de trabalho, dentre outras, podem ser pactuadas ou não, a critério das partes. É importante destacar que o registro do contrato não importa qualquer apreciação, concordância ou responsabilidade da CBF sobre o conteúdo das cláusulas extras. Isto é, a validade jurídica dos termos das referidas cláusulas é de exclusiva responsabilidade dos contratantes.

Com o ato de registro, o treinador se compromete a aderir e respeitar os estatutos e todos os regulamentos da FIFA, da CONMEBOL, da CBF, da Agência Mundial Antidopagem e demais entidades nacionais e internacionais de administração do desporto.

5- Direitos e deveres do treinador profissional de futebol

Os direitos sociais garantidos a todos os trabalhadores elencados no artigo 7º da Constituição Federal são, por óbvio, plenamente aplicáveis ao treinador profissional de futebol. Os direitos específicos a esta categoria estão elencados no artigo 4º da Lei nº 8.650/1993, como ampla e total liberdade na orientação técnica e tática da equipe de futebol; apoio e assistência moral e material assegurada pelo empregador, para que possa bem desempenhar suas atividades; exigir do empregador o cumprimento das determinações dos órgãos desportivos atinentes ao futebol profissional.

Quanto aos deveres do treinador, incumbe ao treinador profissional promover o espírito desportivo (fair play) para os seus atletas, não só para que cumpram a regra do jogo, mas para que também respeitem os adversários. Essa é a exegese do inciso I do artigo 5º da Lei nº 8.650/1993. A título exemplificativo, não podem ser aceitas condutas de treinadores que peçam aos seus atletas para agredirem os oponentes, ou mesmo para que simulem faltas ou incite a violência, por qualquer modo.

O treinador profissional deve manter o sigilo profissional, como impõe o inciso II do artigo 5º da Lei nº 8.650/1993, sendo essa uma obrigação basilar de probidade e lealdade do treinador para com o empregador e para com a coletividade de torcedores que é representada naquele escudo. A violação desse dever caracteriza falta grave, passível de dispensa por justa causa, conforme artigo 482, alíneas a e g, da CLT. Pode-se citar como exemplo o caso de o técnico repassar informações confidenciais do seu elenco ou mesmo de questões internas do clube para terceiros.

6- Direito de imagem, voz, nome profissional e apelido do treinador profissional de futebol, fraude e ônus da prova

A cessão do uso da imagem, voz, apelido e nome profissional do treinador profissional de futebol para a entidade de prática desportiva empregadora encontra amparo no artigo 5º, inciso XXVII, alínea a, da Constituição Federal, segundo o qual “são assegurados, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas”. Caso ele seja pactuado, é dever do clube registrá-lo no sistema de registro da CBF⁴⁸.

Referido contrato pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato de trabalho. Como praxe no futebol, a avença é firmada entre pessoas jurídicas, figurando o treinador como interveniente-anuente. A ausência do ajuste pode gerar o dever de indenizar por parte do clube empregador, por afronta ao artigo 20 do Código Civil, caso haja a transmissão da palavra, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem do treinador destinada a fins comerciais. Um exemplo típico é o técnico participar de alguma entrevista coletiva após o jogo, tendo ao seu fundo o backdrop com diversas marcas de patrocinadores e, sobre a mesa, produtos diversos, como sucos, isotônicos etc.

Sobre o limite remuneratório mensal a título de direito de imagem, voz, apelido e nome profissional do treinador profissional de futebol, a Lei nº 8.650/1993 e a CLT são omissas, nada dispondo a respeito. Logo, prevalece a liberdade contratual, que deve ser exercida nos limites da função social do contrato, ou seja, o valor ajustado entre as partes deve ter correlação efetiva com o objeto pactuado, em observância à boa-fé e corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado do futebol.

Atualmente, a jurisprudência trabalhista vem consolidando o seu entendimento no sentido de que o limite remuneratório do direito de imagem do treinador de futebol é o percentual de 40% da remuneração total paga ao profissional, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem, utilizando, por analogia, o artigo 87-A da Lei nº 9.615/98, eis que se trata da lei geral do desporto e, por ser posterior à Lei nº 8.650/1993 e à CLT, pode ser aplicado, por força do artigo 8º da CLT.

Nesse ponto reside uma das principais controvérsias jurídicas relacionadas à categoria do treinador profissional de futebol, isto é, verificar a validade do contrato de cessão do uso de imagem, voz, apelido e nome profissional assinado com o clube empregador. A discussão se cinge basicamente à análise de eventual desvirtuamento da

⁴⁸ Artigo 24 do Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol da CBF do ano de 2022 (RNRTAF/2022): É dever do clube que possuir contrato que verse sobre a utilização de direitos de imagem de um de seus atletas ou técnicos de futebol, ainda que firmado com pessoa jurídica, registrá-lo no Sistema de Registro da CBF.

finalidade do contrato civil pela ausência de equivalência dos valores ajustados com o objeto propriamente dito.

O negócio jurídico é nulo quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa, de acordo com o artigo 166, inciso VI do Código Civil c/c artigo 9º da CLT. Incumbe ao treinador de futebol demonstrar a eventual fraude relativa aos valores pagos no contrato de cessão de imagem, voz, nome profissional e apelido desportivo pelo clube, de acordo com o artigo 818, inciso I da CLT, por se tratar de fato constitutivo do direito alegado.

O treinador de futebol é contratado pelo empregador para exercer a sua função específica, como pessoa física, prestando serviços de natureza não eventual, sob a dependência deste e mediante salário, na forma do artigo 3º da CLT, ou seja, ele não é admitido para ter sua imagem, voz, nome profissional e apelido desportivo explorados como objeto ordinário do contrato. Caso as partes fixem valores que suplantem o salário pactuado, restará evidente o intuito de fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas e gerar prejuízo ao erário, com recolhimento tributário a menor.

Esse mesmo entendimento deve ser aplicado a um treinador profissional que se enquadre na condição de "hipersuficiente", na forma do artigo 444, parágrafo único da CLT, pois a livre estipulação das partes está restrita às hipóteses previstas no artigo 611-A da CLT, não sendo admitida qualquer validade jurídica à cláusula contratual que implique violação das leis do trabalho. Reconhecida a fraude, os valores pagos em razão do contrato de cessão do uso da imagem, voz, nome profissional e apelido desportivo passam a ter natureza salarial, com os devidos reflexos em férias + 1/3, gratificação natalina, FGTS e INSS.

Em contrapartida, caso haja proporcionalidade e razoabilidade nos valores pactuados entre as partes pelo objeto constante no contrato de cessão do uso da imagem, voz, nome profissional e apelido desportivo, com a demonstração efetiva da exploração de forma comercial pelo empregador, não haverá que se falar em nulidade contratual por fraude, mantendo-se a higidez do instrumento particular e a sua natureza civil.

7- Pré-contrato

O pré-contrato de trabalho é um instituto jurídico muito usual no meio jurídico-esportivo, consistindo em "um ato jurídico perfeito e acabado que tem por objeto a promessa de celebração de um contrato futuro e, portanto, com efeito vinculante às partes"⁴⁹. É importante distinguir o pré-contrato de trabalho das negociações preliminares

⁴⁹ LEAL JÚNIOR, J. C.; MARTINS, P. H. M. Responsabilidade civil do empregador no pré-contrato de trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, v. 27, 2010, p. 23.

“na medida em que estas são apenas conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante”⁵⁰.

A CBF determina que a agremiação interessada em pactuar um contrato com o treinador de futebol comunique previamente e por escrito o seu atual clube, antes de iniciar as tratativas, indo ao encontro do princípio da boa-fé e da ética esportiva, sob pena de incidir em sanções associativas. Contudo, eventual descumprimento dessa obrigação não implica nulidade do contrato ou da celebração de pré-contrato em relação ao treinador profissional de futebol.

Assinado o pré-contrato, observando os requisitos legais para a sua validade, como objeto lícito, agentes capazes e forma prescrita e não defesa em lei, ele vincula as partes, que somente poderão deixar de celebrar o contrato definitivo caso haja cláusula ou condição que não se realize, como, por exemplo, doença incapacitante do técnico, não obtenção da licença de treinador exigida pela CBF etc.

Na multidisciplinaridade entre Direito do Trabalho e o Direito Desportivo, as normas regulamentares e privadas da FIFA e da CBF estabelecem que os atletas profissionais somente estarão livres para celebrar pré-contrato especial de trabalho desportivo com um novo clube dentro dos 6 (seis) meses finais de sua vigência, visando a garantia da integridade das competições e possibilitar ao clube um planejamento prévio. Em sentido diverso, o treinador de futebol pode estipular um pré-contrato a qualquer tempo, até porque os usos e costumes do futebol brasileiro demonstram a sazonalidade do profissional nos clubes, que são os primeiros dispensados em caso de insucesso esportivo, sem os mesmos direitos assegurados aos atletas profissionais de futebol, como a cláusula compensatória.

Caso haja o descumprimento contratual e provada a culpa de uma das partes, haverá o dever de indenizar, seja com o pagamento da cláusula penal que comumente são fixadas no pré-contrato ou mediante a apuração das perdas e danos que as partes eventualmente tiveram e consigam demonstrar em ação judicial. Também ganha destaque a responsabilidade civil pela perda de uma chance, capaz de ensejar o pagamento de indenizações correspondentes pelo não cumprimento de obrigação pré-contratual que obsta a possibilidade de resultado positivo ao trabalhador, que se baseia na probabilidade de que haveria o ganho e a certeza de que a perda indevida da vantagem resultou em um prejuízo.

8- Jornada de trabalho

⁵⁰ Ibidem, p. 23.

O treinador profissional de futebol integra a comissão técnica. Logo, a ele aplicam-se as regras dos artigos 28, §4º c/c 90-E, ambos da Lei nº 9.615/98. Segundo dispõe o §4º do artigo 28, aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades da Lei nº 9.615/98, especialmente quanto à concentração, que não poderá ser superior a 3 dias consecutivos por semana e desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial; o repouso semanal remunerado de 24 horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação do atleta na partida, prova ou equivalente, quando realizada no final de semana; às férias anuais remuneradas de 30 dias, acrescidas do abono de férias, coincidentes com o recesso das atividades desportivas; e à jornada de trabalho desportiva normal de 44 horas semanais.

Sobre o período de concentração, a lei autoriza uma ampliação do prazo de 3 (três) dias, sem qualquer pagamento adicional, quando esse trabalhador estiver à disposição da CBF, ou seja, no caso de ser técnico de alguma das categorias da seleção brasileira e necessitar de um período maior.

A lei também garante acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual. Isto é, caso não haja estipulação expressa sobre tais rubricas, tais acréscimos não serão devidos, em observância ao princípio da *pacta sunt servanda*.

Em relação ao treinador principal da equipe de futebol, a sua função é claramente de confiança, configurando um cargo de gestão, por ele ser o responsável pela escolha dos atletas nas partidas, tanto na escalação quanto nas substituições, e normalmente participa das deliberações quanto às contratações e dispensas, não se aplicando o limite da jornada de trabalho semanal de 44 horas prevista no artigo 28, §4º, inciso V da Lei nº 9.615/98, pois o treinador principal da equipe de futebol está inserido na exceção do artigo 62, inciso II da CLT, ou seja, não está sujeito a controle de horário e não tem direito à percepção de remuneração por horas extras.

A doutrina e jurisprudência sobre o tema se consolidaram no sentido de que a caracterização do cargo de gestão a que alude o inciso II, do artigo 62 da CLT, exige o efetivo exercício da função de confiança, traduzida pela especial fidúcia depositada pelo empregador no empregado, e o incremento salarial superior a 40% do salário contratual deste ou de seu subordinado. Contudo, a comparação de salários exige a identidade de funções, o que se mostra inviável no caso do treinador profissional de futebol, pois cada entidade de prática desportiva tem apenas um técnico para a equipe principal. Por isso, no caso do técnico de futebol, não se cogita de incremento salarial ou gratificação de 40% superior aos salários dos atletas ou de outros empregados.

A vetusta querela sobre a incompatibilidade das exceções ao regime normal de duração do trabalho previstas no artigo 62 da CLT com a regra do artigo 7º, XIII, da Constituição da República, segundo o qual “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”, está superada pela farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵¹ e também do TST⁵².

Quanto ao descanso semanal remunerado, mesmo exercendo função de gestão, é direito do treinador profissional de futebol o gozo de uma folga semanal de 24 horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação na partida, quando realizada no final de semana, sendo plenamente aplicável o artigo 28, §4º, inciso IV da Lei nº 9.615/98, com supedâneo no artigo 7º, inciso XV da Constituição Federal⁵³.

9- Extinção contratual e multa rescisória

As modalidades de rescisão do contrato de trabalho previstas na CLT são plenamente aplicáveis ao treinador profissional de Futebol. As mais recorrentes são a extinção pelo cumprimento integral do prazo, a rescisão antecipada por comum acordo e a rescisão por culpa de alguma das partes, sendo devidas as verbas rescisórias respectivas. É comum, no contrato de trabalho do treinador profissional de futebol, haver a pactuação bilateral de um valor de multa rescisória em caso de rescisão antecipada imotivada, diferente da prevista nos artigos 479 e 480 da CLT.

No caso de rescisão antecipada, a discussão atual na jurisprudência é se são cumuláveis as penalidades dos artigos 479 e 480 da CLT com eventual multa rescisória estabelecida no contrato de trabalho. O c. TST já enfrentou a matéria e entendeu que não são cumuláveis, aplicando-se apenas a multa contratual ajustada, por serem inaplicáveis os artigos 479 e 480 da CLT ao contrato de trabalho do treinador de futebol⁵⁴.

Entretanto, há bons argumentos em sentido contrário à decisão da 2ª Turma do c. TST, nos autos do ARR - 905-52.2013.5.06.0003, pois o artigo 28 da Lei nº 9.615/1998 trata especificamente do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, nominando, inclusive, como um contrato especial de trabalho desportivo, com requisitos obrigatórios, como cláusula compensatória desportiva, devida pelo clube ao atleta em caso de rescisão

⁵¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 563.851-AgR**. Relator: Min. Cezar Peluso, DJE 28/03/2008.

⁵² BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **E-RR-549.563/1999.1**. Relator: Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 15/04/2005.

⁵³ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-132040-53.2004.5.03.0015**. Terceira Turma. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 25/05/2007.

⁵⁴ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **ARR - 905-52.2013.5.06.0003**. Segunda Turma. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 16/02/2018.

antecipada, e cláusula indenizatória desportiva, a ser paga pelo atleta ou novo clube contratante à entidade empregadora, caso haja a extinção antes do término do prazo contratual.

De fato, o artigo 28, incisos I e II da Lei nº 9.615/1998, afasta a aplicação dos artigos 479 e 480 da CLT ao contrato do atleta profissional de futebol, chamado de contrato especial de trabalho desportivo, mas não estende essa regra aos treinadores profissionais de futebol. Além disso, não é indispensável no contrato de trabalho do treinador profissional a fixação de qualquer multa rescisória, como é no caso de atleta profissional de futebol, que obrigatoriamente deve ter a estipulação expressa da cláusula compensatória e da cláusula indenizatória. A Lei nº 8.650/1993, que é a norma específica, nada dispõe, sendo inaplicáveis, neste ponto, as disposições da Lei nº 9.615/1998, razão pela qual é possível sua aplicação ao contrato do técnico de futebol os artigos 479 e 480 da CLT.

No caso das partes haverem fixado multa rescisória, independente do valor, esta deve prevalecer em detrimento das penalidades dos artigos 479 e 480 da CLT, afastando-se a cumulação, conforme entendimento da 2ª Turma do c. TST, pois haveria dupla penalidade para o mesmo fato gerador, qual seja, a rescisão sem justa causa, mas, se o contrato não previu multa rescisória, não há falar-se em cumulação ou vedação legal, sendo aplicáveis os artigos 479 e 480 da CLT.

Ademais, as regras de experiência demonstram que somente os treinadores profissionais que auferem salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social é que pactuam multa rescisória com o clube empregador, onde a livre estipulação das partes deve prevalecer, na forma do artigo 444, parágrafo único da CLT.

Mesmo que o treinador profissional não seja portador de diploma de nível superior, a referida imposição deve ser mitigada, considerando os usos e costumes do segmento, representado nas negociações pelos intermediários, conhecidos como empresários do futebol, que possuem toda a expertise do meio, havendo relativo equilíbrio jurídico entre as partes contratantes, devendo prevalecer, em consonância com o artigo 8º da CLT.

10– Projeto de Lei nº 7.560/2014

O contrato de trabalho do treinador profissional de futebol vem sendo objeto de debate na Câmara dos Deputados com o Projeto de Lei nº 7.560, apresentado em 14 de maio de 2014, de autoria do Deputado José Rocha (PR/BA) e com o substitutivo proposto pelo deputado Evandro Roman (PSD-PR), conhecido atualmente como “Projeto de Lei Caio Junior”, em alusão ao técnico vitimado pelo trágico acidente aéreo da Chapecoense no ano de 2016.

A proposta aprovada em 2016 pela Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados fixa regras para o treinador profissional de futebol, tais como autorizar que atletas e auxiliares técnicos possam atuar como técnicos, desde que comprovem ter exercido a profissão por três anos seguidos ou cinco alternados; possuam certificado emitido pelo sindicato de atletas ou pela Confederação Brasileira de Futebol; e participem de curso de formação de treinadores reconhecido.

O texto determina que o contrato do treinador não possa ter prazo de vigência inferior a seis meses, nem superior a dois anos. Os períodos de concentração, viagens e pré-temporada devem ser pagos como acréscimos de remuneração ao treinador.

O treinador, caso tenha o contrato de trabalho rescindido por rescisão indireta, em decorrência do atraso por três meses do pagamento do salário, do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou das contribuições previdenciárias, poderá escolher outro time para trabalhar, além de receber o valor dos salários devidos até o fim do contrato.

Na proposta também há a previsão do seguro obrigatório a ser contratado pelo clube empregador constando em sua apólice o seguro de vida e de acidentes com indenização mínima igual ao valor do contrato, de forma semelhante ao que já ocorre com os atletas profissionais de futebol no artigo 45 da Lei nº 9.615/98.

Atualmente, o Projeto de Lei está pronto para entrar na pauta da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), já com a apresentação do parecer no dia 08 de dezembro de 2021 do atual relator na CJC, Deputado Federal Édio Lopes, que manifestou pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa deste, com emendas saneadoras⁵⁵.

11- Considerações finais

É preciso ter bem claro que o contrato de trabalho do treinador profissional de futebol é especial, singular, revestido de pressupostos, direitos e deveres das partes contratantes que os distinguem dos demais trabalhadores regidos pela CLT, sem prejuízo de aplicação das normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social naquilo em que não for compatível.

Compatibilizar o regime jurídico do contrato de trabalho do treinador profissional de futebol com o Direito do Trabalho e com o Direito Desportivo é uma missão diária que deve ser exercida pelos juristas, equilibrando a tutela do trabalho e a tutela do jogo, para

⁵⁵Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01y0oi1nxkmnhg1fkkjq87qcjcc48292538.node0?codteor=2121621&filename=Tramitacao-PL+7560/2014. Acesso em: 28. fev. 2022.

que haja a promoção dos interesses do trabalhador e a preservação do interesse da competição, sendo esta particularidade a causa mista do contrato desportivo.

Nesse ponto, um dos temas atuais e candentes sobre essa categoria profissional é a exigência da CBF acerca da licença específica para participações nas competições que ela organiza e a sua análise sobre a ótica da liberdade de trabalho. Este artigo busca apresentar as razões das posições opostas sobre esse tema. Incumbirá ao Poder Judiciário e aos órgãos de resolução de disputas do futebol, como é o caso da Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) e ao Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), caso venham a ser instados a se manifestarem sobre a matéria, darem o necessário equacionamento à matéria.

Um avanço que houve na consolidação dos direitos do treinador de futebol foi a obrigatoriedade do registro do contrato de trabalho no sistema da CBF, porque era praxe de vários clubes de futebol no Brasil não anotarem o vínculo de emprego na CTPS do empregado e, por consequência, sonegarem os recolhimentos tributários, previdenciários e dos direitos sociais básicos dessa categoria profissional. Agora, quando o contrato é registrado no sistema da CBF, uma das condições essenciais é que haja a comprovação da anotação do contrato de trabalho na CTPS, com o envio da cópia junto com o contrato de trabalho padrão.

Tal medida elimina a discussão sobre vínculo empregatício nos dissídios individuais envolvendo essa categoria e o treinador passa a ter o seu histórico de trabalho preservado na entidade que administra o futebol brasileiro, podendo utilizar de tal documento para o exercício de direitos básicos no futuro, como eventual aposentadoria, especialmente para averbação do tempo de serviço, mormente quando o clube empregador incorre no crime de apropriação indébita previdenciária e não recolhe aos cofres públicos as contribuições devidas. No mais, com o registro, a CBF também estendeu o benefício do seguro de vida e de acidentes pessoais aos treinadores, nos mesmos moldes do oferecido aos atletas profissionais.

O Projeto de Lei nº 7.560/2014, caso venha a ser aprovado e sancionado, trará uma realidade mais adequada a essa categoria profissional e maior segurança jurídica às partes, principalmente com a regulamentação das cláusulas rescisórias e seguro obrigatório.

Ao final, este artigo não teve o intuito de esgotar o debate sobre o contrato de trabalho do treinador de futebol, mas sim demonstrar a sua importância no cenário do Direito do Trabalho brasileiro e as diversas nuances e peculiaridades dessa relação laboral.

12- Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **D.O.U. de 5 out. 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.650, de 20 de abril de 1993. Dispõe sobre as relações de trabalho do Treinador Profissional de Futebol e dá outras providências. **D.O.U. de 22 abril 1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8650.htm#:~:text=L8650&text=LEI%20N%C2%BA%208.650%2C%20DE%20Futebol%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. **D.O.U. de 25 mar. 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **D.O.U. de 11 jan. 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 fev. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 563.851-AgR.** Relator: Min. Cezar Peluso, DJE 28/03/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 511961.** Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 17/06/2009.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **E-RR-549.563/1999.1.** Relator: Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 15/04/2005.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-132040-53.2004.5.03.0015.** Terceira Turma. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 25/05/2007.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **E-ED-ARR-452-36.2012.5.03.0113.** Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT de 29/07/2016.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **ARR - 905-52.2013.5.06.0003.** Segunda Turma. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 16/02/2018.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-11624-65.2014.5.01.0046.** Quarta Turma. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 27/04/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.369.482/PE.** Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/05/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 702.306/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Og Fernandes, DJe 01/07/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 700.269/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins, DJe 02/09/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.650.759/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, DJe 01/08/2017.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL. **Regulamento Nacional de Registro e Transferências**. Disponível em: https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202201/20220103141959_422.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Alterações contratuais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

LEAL JÚNIOR, J. C.; MARTINS, P. H. M. Responsabilidade civil do empregador no pré-contrato de trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, v. 27, 2010, p. 23

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Altos empregados - cargos e funções de confiança. **Ravista LTr**, v. 59, fev. 1995, p. 175-181.

REIS, Nélío. **Contratos especiais de trabalho**. São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1955.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. V. 2. São Paulo: LTr, 1996.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. **Manual de direito do trabalho desportivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Reforma Trabalhista e os seus impactos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

_____. **Temas atuais de direito desportivo**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

CRIMES CIBERNÉTICOS: NO MUNDO DURANTE A PANDEMIA COVID-19 E SEUS IMPACTOS

JOSLAINE REDIVO: Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG⁵⁶.

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE⁵⁷.

(orientador)

RESUMO: Neste presente projeto pretende-se abordar de forma genérica, breve e detalhada os principais crimes cibernéticos durante a pandemia covid-19, visando ao longo do tempo a constante evolução da informática e suas transformações, sendo imprescindível para a humanidade os recursos digitais diários em virtude de sua globalização e os avanços tecnológicos. De uma maneira sinóptica será abordado alguns tópicos como conceitos, evolução, aspectos jurídicos, espécies, classificação, segurança e prevenção, para assim poder explicar os impactos causados pela pandemia coronavírus, onde alguns usuários da informática foram prejudicados. Contudo espera-se que após a finalização do artigo possa-se ter mais conhecimento e capacidade para não ser mais uma vítima dos ataques cibernéticos.

Palavras-chave: Crimes. Cibernéticos. Pandemia. Covid-19.

ABSTRACT: This project intends to approach in a generic, brief and detailed way the main cyber crimes during the covid-19 pandemic, aiming over time at the constant evolution of information technology and its transformations, being essential for humanity the daily digital resources due to of its globalization and technological advances. In a synoptic way, some topics such as concepts, evolution, legal aspects, species, classification, security and prevention will be addressed, in order to explain the impacts caused by the coronavirus pandemic, where some computer users were harmed. However, it is hoped that after completing the article, one can have more knowledge and ability to no longer be a victim of cyber attacks.

Keywords: Crimes. cybernetics. Pandemic. Covid-19.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Conceito e Origem Histórica dos Crimes Cibernéticos. 4. Aspectos Jurídicos dos Crimes Cibernéticos. 5. Principais Espécies e

⁵⁶ E-mail: joslaineredivo@unirg.edu.br.

⁵⁷ Advogado, Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: prof.andrehenriqueleite@unirg.edu.br.

Classificação dos Crimes Cibernéticos. 6. Impactos e Prevenção dos Crimes Cibernéticos durante a Pandemia Covid-19. 7. Considerações Finais. 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se perceber que ao estudar os crimes cibernéticos, torna-se fundamental iniciar contando toda a sua história desde os primórdios da era da informática, para poder assimilar e analisar a evolução dos recursos tecnológicos ao longo do tempo.

Como tudo que evolui tem seus benefícios e prejuízos a tecnologia digital não seria diferente e como consequência desses avanços surge os crimes cibernéticos, porque em vez dos internautas usarem como instrumento de bom uso, fizeram ao contrário, usando para cometer delitos virtuais.

Os Crimes Cibernéticos trazem consigo paradigmas para a sociedade antiga e atual, vivendo em constante crescimento digital. Onde a internet torna-se um caminho para cometer-se um crime, em decorrência da gama de possibilidades virtuais para a prática de violências cibernéticas.

Para Cassanti (2014, p. 26), "Não haverá o mínimo de possibilidade em obter êxito na luta contra os crimes virtuais se quem pretender vencê-lo primeiramente não puder entendê-lo."

Diante do exposto será feito uma análise simples e geral durante o período de pandemia covid-19, levando em consideração seus impactos.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa abrange o período de pandemia covid-19, nos anos entre 2020 a 2021, no Brasil e no Mundo de forma ampla e generalizada.

De acordo com a classificação proposta por Vergara (1997, p. 44-45), o presente estudo possui os seguintes critérios: Quanto aos fins, configura-se em:

Exploratória – Para adquirir conhecimento dos processos negociais da organização a ser estudada;

Descritiva – É o conhecimento, observação para expor as características da organização;

Explicativa – Ocorre à justificativa dos fenômenos práticos em algo inteligível;

O método utilizado será dedutivo qualitativo, iniciando através de conceitos e definições abordando a evolução histórica, elencando as normas jurídicas, analisando de

forma resumida a segurança, exemplificando tipos de crimes digitais e por fim os impactos causados aos seus usuários.

A técnica será por meio de pesquisa bibliográfica. Buscando assim compreender melhor os crimes virtuais e por fim tendo cautela e cuidado redobrado para não ser mais uma vítima dos cibercriminosos.

O método utilizado como meios de adquirir conhecimento jurídico foi através de livros, sites, TCC's, artigos científicos e doutrinas.

O assunto escolhido se justifica pela atualidade do título. Dado o isolamento social, temos uma grande proporção da força de trabalho em modo Home Office, lidando dia a dia com situações novas e com uma exposição grande a internet e aos riscos com ataques cibernéticos.

3. CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA DOS CRIMES CIBERNÉRGICOS

Cybercrimes ou crimes cibernéticos são quaisquer atividades ilegais por meios eletrônicos digitais efetuados via internet, através de celulares, notebooks, computadores e outros meios eletrônicos.

Os crimes cibernéticos podem ser tratados como sendo condutas de acesso não autorizados a sistemas de informática, resultando em ações destrutivas, afetando sistemas de comunicação, alteração de dados, violação a direitos autorais, todos tipo de ofensas, discriminações e demonstração de ódio e intolerância, exposição de pornografia infantil, terrorismo e muito mais (PINHEIRO, 2013).

Pode-se perceber que cada doutrinador utiliza uma nomenclatura e um conceito diferente acerca de crimes cibernéticos, podendo ser citados como: cybercrimes, crimes informáticos, crimes de computador, crimes digitais, delitos informáticos, dentre outros. Não chegando a nenhum consenso a respeito da nomenclatura consolidada pelos doutrinadores.

Nesse sentido a importância da evolução da informática é perceptível ao longo do tempo, precisando que a sociedade se transforme e veja a tecnologia não apenas com o olhar de usuário, mas também com um olhar de transformação, obtendo uma maior segurança e podendo assim evitar os cybercrimes.

As várias possibilidades de ação criminosa na área informática, assim entendida em seu sentido lato, abrangendo todas as tecnologias da informação, do processamento e da transmissão de dados, originaram uma forma de criminalidade que, apesar da diversidade de suas classificações, pode ser identificada pelo seu objeto ou pelos meios de atuação, os

quais fornecem um denominador comum, embora com diferentes denominações nos vários países ou nos diferentes autores. (FERREIRA, 2001).

Percebe-se uma mudança ao longo do tempo, uma verdadeira transformação de ideias, valores, costumes, desempenhos, conhecimentos, etc. E isso tudo faz com o que o ser humano cresça em conhecimento profissional e tecnológico. Nessa busca de conhecimento onde a sociedade necessita de mais e mais avanços onde assim por consequência as profissões vão tendo também um índice de crescimento.

Todavia com o surgimento da internet e o avanço diário da tecnologia digital, a sociedade não conviveu apenas de benefícios, surgindo então as desvantagens da internet os crimes digitais e inúmeras vítimas associadas a esses crimes.

Crime virtual ou crime digital pode ser definido como sendo termos utilizados para se referir a toda a atividade onde um computador ou uma rede de computadores são utilizados como uma ferramenta, uma base de ataque ou como meio de crime. Infelizmente, esta prática tem crescido muito já que esses criminosos virtuais têm a errada impressão que o anonimato é possível na Web e que a Internet é um mundo sem lei (BRASIL, 2008 apud ALVES, 2018).

Entende-se que a internet surgiu em plena guerra fria, e foi usada como uma arma norte-americana de conhecimento militar. E tem como função principal unir todas as centrais de computadores das unidades de comando estratégicos, fazendo com que os estrangeiros americanos, evitassem suposta ofensiva russa. Porém se houvesse algum imprevisto em uma dessas unidades estratégicas e os americanos fossem atacados, as demais unidades continuariam exercendo de forma autônoma, auxiliando e oferecendo informações as outras unidades de comando militares.

Conceituamos crime informático como o fato típico e antijurídico cometido por meio da ou contra a tecnologia da informação. Decorre, pois, do Direito Informático, que é o conjunto de princípios, normas e entendimentos jurídicos oriundos da atividade informática. Assim, é um ato típico e antijurídico, cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores. Em verdade, pode-se afirmar que, no crime informático, a informática ou é o bem ofendido ou o meio para a ofensa a bens já protegidos pelo Direito Penal. (JESUS, 2016)

Conforme Damásio de Jesus (2016) aduz sobre o conceito jurídico de crime informático, "Crime informático é um fenômeno inerente às transformações tecnológicas que a sociedade experimenta e que influenciam diretamente no Direito Penal".

Os primeiros crimes digitais ocorreram por volta de 1960, onde os cibercriminosos manipulavam os conteúdos contidos nos computadores, praticando delitos de

espionagem, fraude, sabotagem, em resumo atos ilegais digitais, portanto, naquele tempo era muito complicado identificar os autores de tais delitos devido as condições técnicas.

Conforme foram evoluindo nos crimes informáticos, houve também os avanços tecnológicos e foram surgindo as leis contra os cybercrimes.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Com a constância de crimes digitais ocorrendo no mundo e no Brasil, os EUA foram pioneiros e criaram e editaram legislações para evitar e punir tais crimes cibernéticos, depois teve a Alemanha, a França, a Espanha, Europa e o Brasil entre outros e todos com o mesmo objetivo de tentar amenizar os ataques cibernéticos.

Como os Estados Unidos da América foram os primeiros a criarem uma legislação na década de 1980, pode-se citar alguns exemplos como a ECPA “Lei de Privacidade de Comunicação Eletrônica” (em inglês - Electronic Communication Privacy Act), a CFAA “Lei de Fraude e Abuso de Computadores” (em inglês - Computer Fraud and Abuse Act). Na Europa teve a convenção de Budabesta. Já no Brasil uma das leis mais conhecidas como “Lei Carolina Dieckman”, lei nº 12.737/2012 surgindo devido a um fato ocorrido com a atriz Carolina Dieckman, onde algumas fotos íntimas foram expostas e divulgadas sem autorização, por crackers mediante extorsão.

Por fim a Lei nº 12.737/12 trouxe alterações no Código Penal, obtendo um melhor amparo legal se adequando a realidade digital.

A LGPD tem alcance extraterritorial, ou seja, efeitos internacionais, na medida em que se aplica também aos dados que sejam tratados fora do Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional, ou por oferta de produto ou serviço para indivíduos no território nacional ou que estivessem no Brasil. Desse modo, o dado pessoal tratado por uma empresa de serviço de cloud computing que armazene o dado fora do país terá que cumprir as exigências da LGPD (PINHEIRO, 2018).

Em época de pandemia – Covid-19 a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) teve papel fundamental para os usuários digitais, sendo pessoas físicas ou jurídicas, trazendo grandes avanços a sua proteção de dados.

5. PRINCIPAIS ESPÉCIES E CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Os crimes cibernéticos crescem de modo avassalador, por isso os avanços tecnológicos se inovam cada dia mais rápido, infelizmente esses crimes se espalham na web de forma que se torna difícil a identificação dos usuários que praticam delitos virtuais, devido seu anonimato.

Quando você ouve a palavra "cibercriminoso" ou "hacker", que imagem vem à sua mente? É um cara sem graça, talvez com um capuz escuro, acampado em um porão úmido em algum lugar, digitando furiosamente? Enquanto essa imagem foi popularizada graças a filmes e TV, a imagem real de um cibercriminoso é muito diferente: O crime virtual é incrivelmente organizado e profissionalizado (LATTO 2020, online).

Neste sentido, os crackers também são conhecidos como "cibercriminosos" são usuários maliciosos que driblam o sistema operacional de um meio eletrônico para cometer um delito digital.

Dessa forma pode-se identificar várias espécies de Crimes Cibernéticos, Rodrigo Guimarães Colares, descreve de forma clara:

Dessa forma, são crimes que podem admitir sua consecução no meio cibernético: calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação ao direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, escrito ou objeto obsceno, incitação ao crime, apologia de crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados falsos em sistema de informações, adulteração de dados em sistema de informações, falso testemunho, exercício arbitrário das próprias razões, jogo de azar, crime contra a segurança nacional, preconceito ou discriminação de raça-cor-etnia-etc., pedofilia, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações de informática, lavagem de dinheiro e pirataria de software. (2002, online).

Com os exemplos demonstrados acima, será conceituado e tipificado alguns tipos de cybercrimes, conforme sua legislação vigente no Brasil, como: calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, invasão de dispositivo informático, furto, estelionato.

Calúnia, difamação e injúria são crimes contra a honra descritos no código penal brasileiro.

A calúnia é acusar falsamente alguém da autoria de um crime, (Art. 138, CP). A difamação é acusar alguém de um fato nóxi a sua reputação, (Art. 139, CP). A injúria é insultar alguém em sua dignidade ou virtude, (Art. 140, CP).

A ameaça é intimidar alguém causando mal injusto e grave, (Art. 147, CP).

Divulgação de segredo é publicar segredos como fotos, documentos, materiais confidenciais diversos onde possam causar danos à terceiros, (Art. 153, CP).

Apresentando essa temática SILVEIRA (2017), menciona o art. 154-A do Código Penal Brasileiro, que foi incluído pela Lei 12.727/2012, traz, em sua redação, que a simples invasão de dispositivo móvel alheio não configura tipo penal incriminador, somente se houver uma violação, adulteração de mecanismo de segurança, aí sim, se configura o tipo penal, ou seja, se alguém invadir o computador de outrem não configura crime, mas se o dispositivo invadido contiver senhas, antivírus ou outros meios de segurança, haverá a conduta delitiva, no dispositivo:

“Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

§3º Se da invasão resultar a 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: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§4º Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal”. (SARAIVA, 2022).

O Phishing é a forma de fazer uma pessoa informar os dados pessoais pensando que era para uma finalidade, quando na verdade estão cometendo crimes de furto ou estelionato, tipificados nos artigos 155 e 171 do código penal sucessivamente.

Como todos nós sabemos existem diversos crimes informáticos, alguns ainda nem foram nomeados corretamente e outros nem descobertos. De acordo com tamanha vasta possibilidade a legislação em si deixa a desejar. E infelizmente estamos à mercê do cibercriminosos.

De forma clara os crimes cibernéticos podem ser classificados como: próprios e impróprios, mistos e mediato ou indireto.

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. (JESUS, 2003)

[...] Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática. (JESUS, 2003)

Os Crimes informáticos mistos são crimes complexos em que, além da proteção do bem jurídico informático (inviolabilidade dos dados), a legislação protege outro bem jurídico. Ocorre a existência de dois tipos penais distintos, cada qual protegendo um bem jurídico. (JESUS, 2016)

O Crime informático mediato ou indireto: trata-se do delito informático praticado para a ocorrência de um delito não informático consumado ao final. Em Direito Informático, comumente um delito informático é cometido como meio para a prática de um delito-fim de ordem patrimonial. Como, por exemplo, no caso do agente que captura dados bancários e usa para desfalcar a conta corrente da vítima. Pelo princípio da consunção, o agente só será punido pelo delito-fim (furto). (JESUS, 2016)

6. IMPACTOS E PREVENÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS DURANTE A PANDEMIA COVID-19

Durante a pandemia – Covid-19 o mundo teve que se isolar, portanto, automaticamente as pessoas tiveram que desenvolver alguns conhecimentos na área digital, pois tudo era eletrônico e informático, tendo assim que trabalhar em home-office para não gerar aglomeração no ambiente de trabalho. E conseqüentemente as pessoas passaram mais tempo usando a internet e meios eletrônicos, sendo sujeitas a serem vítimas dos crimes cibernéticos.

Em resumo os impactos causados no mundo e no Brasil de modo geral, foram econômicos, financeiros, emocionais, danos à reputação, entre outros, durante a pandemia.

Com os avanços tecnológicos surgem também a insegurança, interferindo diretamente no comportamento dos seres humanos. Sabemos que a internet pode ser usada tanto para o benefício como o malefício, vai depender da consciência de cada um, e a falta de conhecimento dos usuários, torna-se o principal facilitador para os ataques cibernéticos.

Como o ataque de hacker se refere a um método de acessar o sistema do seu computador ou rede, a melhor maneira de remover um ataque é utilizar um software anti-hackers de alta qualidade, normalmente conhecido como um software de antivírus, que escaneará seu computador em busca de qualquer software malicioso e removê-lo. (VIEIRA, 2020)

O estudo deste é justificável pela necessidade que o autor tem em auxiliar os usuários conhecerem e identificarem com maior facilidade os riscos aos quais estão expostos, tornando-os aptos a prevenir os ataques. Também será possível prevenir algumas ações de vírus, podendo assim tornar mais segura sua conexão a Internet.

Apesar de todo esse cenário existem alguns meios para se prevenir e não ser mais uma vítima: instalação de antivírus e mantendo a atualização em dias, utilizar senhas fortes, evitar de abrir algum anexo ou e-mail suspeito; nunca passar senhas ou login particulares seja de qualquer tipo de conta por e-mail; não baixar ou fazer download de links, softwares desconhecidos, esses são apenas as principais prevenções, mesmo assim, ainda corremos o risco de ser hackeados.

Vivíamos em um Sociedade industrial e ainda em alguns lugares a realidade é baseada em impressão, porém hoje com o avanço tecnológico nos obrigamos a andar em uma era digital, também chamada de Sociedade de Internet.

Apesar de aderirmos algumas técnicas de prevenção de ataques virtuais, a informática vem evoluindo a cada dia, fazendo que algumas vezes nos tornemos vulneráveis a tecnologia digital.

Diante das premissas onde ressaltam a importância da segurança e dignidade humana, faz necessário a seguinte pergunta, porque mesmo com toda a informatização e evolução histórica digital, os crimes cibernéticos ainda continuam existindo e houve um maior crescimento durante a pandemia Covid-19, trazendo assim impactos, quais são eles?

A falta de legislação específica, a falta de segurança onde segue alguns padrões específicos garantindo assim a segurança de seus usuários, a falta de atualização de software.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo abrangido aqui é básico e genérico, porém, traz tópicos relevantes, para adquirir um melhor conhecimento no mundo atual.

Percebe-se que no período da pandemia Covid-19, os desafios para se adaptar a nova realidade virtual foram bem complicadas, onde houve um crescimento exponencial dos ataques cibernéticos, colocando seus usuários em situações delicadas e de extrema insegurança digital.

Os crimes cibernéticos no mundo durante a pandemia Covid-19 houve um crescimento absurdo de ataques, trazendo grandes prejuízos aos usuários de internet, por não se prevenir ou fazerem o uso indevido de suas particularidades. Por isso é fundamental as pessoas se conscientizarem independentemente de qual período seja, o importante é usar de forma adequada para evitar ataques criminosos digitais.

Contudo diante de todas as dificuldades apresentadas, o Poder Legislativo trouxe como resposta a insegurança dos internautas o surgimento das novas leis e o fortalecimento das leis penais e outras normas já existentes.

Em razão da evolução constante eletrônica e digital, será preciso ficar sempre atualizado em relação a segurança e se prevenindo de todas as formas, principalmente pela falta de tecnologia especializada para a apuração dos cybercrimes.

Portanto, os crimes cibernéticos sendo de qualquer tipo, causam enormes prejuízos a sociedade, podendo atingir tanto pessoas físicas ou jurídicas, sem distinção de gênero. A questão aqui se refere a usar os meios mais adequados, como já citados, para sua prevenção.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Maria Hiomara dos Santos. A evolução dos crimes cibernéticos e o acompanhamento das leis específicas no Brasil, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64854/a-evolucao-dos-crimes-ciberneticos-e-o-acompanhamento-das-leis-especificas-no-brasil>. Acesso em: 04 maio. 2022.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. Crimes virtuais, vítimas reais. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

COLARES, Rodrigo Guimarães. Cybercrimes: os crimes na era da informática. 2002. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3271/cybercrimes-os-crimes-na-era-dainformatica#:~:text=Dessa%20forma%2C%20s%C3%A3o%20crimes%20que,obsce no%2C%20escrito%20ou%20objeto%20obsceno%2C>. Acesso em: 24 de abril. 2022.

FERREIRA, Ivette Senise. A Criminalidade Informática. In: LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. Parte geral. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. Manual de crimes informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016.

LATTO, Nica. O que é o crime virtual e como você pode evitá-lo? 2020. Disponível em: <<https://www.avast.com/pt-br/c-cybercrime>>. Acesso em: 20 abril. 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peeck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD), São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVEIRA, Neil; SOUZA, Miria Lima de; MELO, Antônia Morgana de Alcântara Jorge. Crimes cibernéticos e invasão de privacidade à luz da lei Carolina Dieckmann. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61325/crimes-ciberneticos-e-invasao-de-privacidade-a-luz-da-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em: 05 maio. 2022.

VERGARA, Sylvia Constant. Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração. São Paulo: Atlas, 1997 e 1998.

VIEIRA, Edinilson Santos, Prevenção em crimes cibernéticos. Crimes cibernéticos 1. edição dias d ávila, 2020.

O AUMENTO DE CRIMES VIRTUAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

WDSO N ROGÉRIO CARDOSO:

Bacharelado em Direito da
Universidade Brasil - Fernandópolis-
SP⁵⁸

ALEX LOPES APPOLONI⁵⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo na área de Direito tem por objetivo estudar o aumento de crimes durante a pandemia da covid-19, visando obter novos conhecimentos das leis e prevenir dos possíveis crimes cibernéticos. Dentro desse contexto, este trabalho propõe-se apresentar metodologia de pesquisa bibliográfica na área criminal do Direito, enfatizando nos crimes praticados no cyber espaço. O presente artigo busca informar e comunicar a população leiga sobre crimes digitais quais normas jurídicas cabíveis.

Palavras-chave: Crimes cibernéticos. Pandemia. Covid-19. Crime virtual. Ciberespaço.

ABSTRACT: This article in the area of Law aims to study the increase in crimes during the covid-19 pandemic, in order to obtain new knowledge of the law and prevent possible cyber crimes. Within this context, this work proposes to present a bibliographic research methodology in the criminal area of Law, emphasizing crimes committed in cyberspace. This article seeks to inform and communicate the lay population about digital crimes which legal norms are applicable.

Keywords: Cyber crimes. Pandemic. Covid-19. Virtual crime. Cyberspace.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CRIMES CIBERNÉTICOS. 1.1 Conceito de Crimes Cibernéticos. 1.2 Autores de Crimes Virtuais. 1.3 Meio Para o Cometimento de Crimes. 1.3.1 Através de Softwares maliciosos. 1.3.2 Através de técnicas. 2. PANDEMIA COVID-19. 3. AUMENTO DOS CRIMES VIRTUAIS. 4. PRECAUSÃO NECESSÁRIA. 5. CRIMES VIRTUAIS (PRÓPRIOS E IMPRÓPRIO) E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. 5.1 Lei Azeredo (Lei 12.735/2012). 5.2 Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737) e a Invasão de Dispositivos Informáticos. 5.3 Marco Civil (Lei 12.965/2014). 5.4 Calúnia, Difamação e Injúria. 5.5 Racismo. 5.6 Invasão de dispositivo informático (art. 154-A, do Código Penal). 5.7 Furto mediante fraude por meio eletrônica (art. 155, § 4º-B). 5.8 Fraude eletrônica (art. 171 § 2º-A, do Código Penal). 5.9 Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia

⁵⁸ E-mail: w.rogerio.cardoso@gmail.com.

⁵⁹ professor do curso de Direito da Universidade Brasil. E-mail: alexapoloni@hotmail.com.

(art. 218-C, do Código Penal). 5.10 Pedofilia Virtual. 5.11 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor o de aumento de crimes virtuais durante o período da pandemia da covid-19. Deseja também mostrar quais os crimes, bem como, demonstrar como prevenir-se desse tipo de delito. Além disso, incentivar e informar a população sobre as leis dentro do ciberespaço. Vale ressaltar-se que serão tratados conceitos gerais sobre Crimes Cibernéticos, relacionando a Lei Penal Brasileira que atua para amparar tais violações de direitos.

A finalidade de pesquisa deste artigo dar-se de forma pura ou básica, tem como pesquisa metodologia exploratória, com foco em pesquisa bibliográfica como procedimento de coleta de dados, utilizando como método o estudo de caso, e quanto sua natureza é de natureza qualitativa, tendo por fim, como local, o ambiente virtual.

O problema abordado neste artigo é se a covid-19 teve influência no aumento dos casos de crimes cibernéticos no Brasil?

No primeiro capítulo, iremos observar o conceito de cyber crimes, assim como quais são os autores e os meios para o cometimento de crimes virtuais.

No segundo capítulo, será visto um pouco sobre o início da pandemia no Brasil, no ano de 2020 e relacioná-la com o aumento de crimes virtuais durante aquele período.

Em seguida, no terceiro capítulo, será discorrido sobre o aumento dos crimes virtuais expondo os dados da Kaspersky, empresa tecnológica russa especializada na produção de softwares de segurança para a Internet.

No quarto capítulo, será explanado algumas das precauções necessárias para a segurança no cyber espaço.

Ao longo do quinto capítulo, será discorrido especificamente sobre crimes virtuais e passará por grande parte da evolução histórica legislativa brasileira sobre o tema.

Por fim, analisaremos o crescimento forçado dos internautas, expondo os pontos cruciais que ocasionaram no aumento dos crimes durante o período da pandemia da covid-19. Ressaltando que embora os crimes virtuais tenham aumentado, ainda assim, há presença do ordenamento jurídico brasileiro no ambiente virtual da rede mundial de computadores, sendo assim, a lei brasileira continua a prosperar quando necessita segurança digital para coibir a prática de crimes virtuais.

1 CRIMES CIBERNÉTICOS

A rede mundial de computadores, também chamada de internet, utiliza de um conjunto de protocolos (*Internet Protocol Suite* ou TCP/IP) para conectar usuários do mundo inteiro. Este sistema global que interliga usuários pode ser utilizado para diversão, como fonte de renda e também para o cometimento de crimes virtuais.

1.1 Conceito de Crimes Cibernéticos

Não existe consenso entre a doutrina sobre a classificação desse tipo de crime, sendo ele amplamente discutido e apontado por vários doutrinadores, assim recebe inúmeras nomenclaturas.

Segundo o autor Roque (2007, p. 25), definiu-se crime cibernético como *"toda conduta, definida em lei como crime, em que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração ou consistir em seu objeto material"*.

Por outro lado da doutrina, classifica de três formas, puros, mistos e comuns, vejamos o que diz Teixeira (2014):

O primeiro são aqueles em que o sujeito visa especialmente o sistema de informática; as ações materializam, por exemplo, por atos de vandalismo contra a integridade do sistema ou pelo acesso desautorizado ao computador. Crime de informática misto se consubstancia nas ações em que o agente visa o bem juridicamente protegido diverso da informática, porém o sistema de informática é ferramenta imprescindível. E os crimes de informática comum são condutas em que agente utiliza o sistema de informática como mera ferramenta, não essencial à consumação do delito. (TEIXEIRA, 2014)

Já Ferreira (2001) e Crespo (2011) classificam como "crimes informáticos próprios" e "crimes informáticos impróprios", sendo o primeiro delitos praticados necessariamente por meio da informática contra o sistema de informação, já no segundo caso não necessita da informática, podendo ser praticados de várias formas, como por exemplo estelionato, pornografia infantil, crimes contra honra, dentre outros.

Com isso, entende-se que crimes virtuais, também conhecidos como crimes cibernéticos por condutas criminosas cometidas por indivíduos ou organizações que têm como alvo ou utilizam-se de computadores, rede de computadores ou dispositivos conectados em rede. Nesses tipos de crimes, há divisões entre as classificações dos crimes cometidos nos meios virtuais, podendo ser classificados de duas formas. A primeira classificação se subdivide em crimes puros, mistos e comuns, já a segunda em crimes próprios e impróprios.

1.2 Autores de Crimes Virtuais

Quanto ao sujeito praticante deste crime, pode ser tanto o sujeito comum, quanto pessoa específica com conhecimento técnico para tal delito. Por exemplo, o mais conhecido de todos os sujeitos, o *Hacker*.

Vale ressaltar que, o termo "*Hacker*" geralmente é utilizado de maneira maldosa, mas nem sempre trata-se de uma pessoa ruim, pois *Hacker* é o gênero do grupo de indivíduos com alto conhecimento na área de informática.

Segundo a tradução literal da palavra *Hacker* no dicionário virtual de Cambridge, seu significado quer dizer, "*alguém que invade os sistemas de computador de outras pessoas*".

Como a especialista em cibersegurança Elazari (2014) bem definiu em sua palestra para a TED, os *hackers* "*poderiam ser o sistema imunológico dessa era da Informação*".

Com isso, entende-se que *Hacker* nada mais é do que alguém com enorme conhecimento na área da informática, com capacidade de identificar erros, falhas, brechas de algum sistema. Alguns *hackers* são contratados por empresas para descobrir possíveis erros e para que reportem aos donos, assim auxiliando na segurança do sistema, estes *Hackers* bem-intencionados são chamados de *White Hats* ou nas palavras de LIMA (2021), "*Hacker Ético*".

Por outro lado, os *Crackers* e *Black Hats*, são os *hackers* que utilizam-se de seu conhecimento tecnológico para quebrar sistemas de segurança, e são especializados em invasões maliciosas, geralmente com intenção de obter alguma vantagem financeira ilícita.

É fácil diferenciá-los, pois o que muda de um para o outro é o pensamento, o motivo pelo qual está praticando o ato de hackear.

Há também indivíduos que praticam o chamado *Hacktivism*, são eles *hackers* que utilizam de seu conhecimento para ajudar em causa religiosa, política ou social. Sendo o mais famoso grupo de *hackers* da atualidade, os autodenominados *Anonymous*.

Por fim, também existem os *Carders*, que são pessoas com conhecimento *hacker* para conseguir informações bancárias e depois fazem contas, transferem dinheiro ou até mesmo vendem essas informações na internet. Uma das técnicas utilizadas por eles é a famosa Tela Fake, que é uma cópia de algum site famoso, com várias promoções e depois anunciam nas redes sociais até que alguém caia no golpe.

Existem outros termos, mas que no momento não há necessidade de debater.

1.3 Meio Para o Cometimento de Crimes

Dependendo de qual classificação de crime cibernético está sendo seguida, variam os meios utilizados para a prática do delito, destaca-se então alguns meios de crimes próprios.

1.3.1 Através de softwares maliciosos:

Trojan é uma categoria de programa que busca encontrar uma brecha no sistema, com único objetivo de causar estragos no computador da vítima.

Segundo a empresa internacional de segurança virtual Kaspersky (2021):

Trojan é sinônimo de praga digital maliciosa, cujo único objetivo é causar estragos nos computadores das vítimas, sem ser notado. O trojan faz isso ao ler senhas, gravar toques de teclado ou abrir o acesso para mais malwares, que podem até mesmo tornar todo o computador refém. (KASPERSKY, 2021)

Keylogger é uma ferramenta que pode ser baseada em hardware ou software, e tem a função de registrar o pressionamento de teclas e gravar cada tecla digitada em um computador, geralmente sem a permissão ou conhecimento do usuário.

O maior problema é que o usuário não sabe que tudo que está sendo digitado, também está sendo gravado, podendo expor todos seus dados, senhas, números de cartões de crédito, números de contas bancárias, entre outras informações à terceiros mal-intencionados. Os criminosos podem explorar a obtenção destas informações para praticar crimes como por exemplo, estelionato, falsidade ideológica, injúria e extorsão.

Botnet é a junção das palavras em inglês "*robot*" e "*network*". Esta ferramenta funciona da seguinte maneira, criminosos utilizam *Trojans* Especiais para assumir o controle total de milhões ou até milhares de computadores infectados e organizam todas as máquinas em uma rede de "*bots*" que pode ser usada para crimes como extorsão e ameaça em ataques *DDoS* (*Denial Of Service*).

DDoS, também conhecido como ataque de negação de serviço, é um tipo de ataque para inviabilizar o acesso a determinado servidor, geralmente são utilizados em ataques contra sites de compra.

Segundo a Kaspersky (2021) "*O ataque DDoS envia múltiplas solicitações para o recurso Web invadido com o objetivo de exceder a capacidade que o site tem de lidar com diversas solicitações, impedindo seu funcionamento correto*". O Mais comum são ataques utilizando-se de *DDoS* de *BOTNET*, são "*REDES ZUMBIES*" de computadores infectados para sobrecarregar os recursos Web da vítima.

Por fim, o *Ransomware*, seu termo tem origem na palavra “*ransom*” que se traduz em resgate, é um software de extorsão que bloqueia (criptografa) o computador e depois exige resgate para o desbloqueio.

1.3.2 Através de técnicas:

Phishing é o tipo mais simples de ciberataque e um dos mais perigosos, tem por objetivo, enganar a vítima para que esta forneça credenciais de todos os tipos de contas sigilosas. Como a tradução da palavra diz, trata-se de uma pescaria para fisgar a vítima. Existem maneiras de aplicação, a mais comum, é o recebimento de e-mail ou SMS que imita uma pessoa ou organização que a vítima confia. Entretanto, quando a vítima abre o e-mail ou texto, encontram uma mensagem dizendo que a vítima deve executar alguma ação imediata ou assume alguma consequência. Exemplo de *phishing* é o recebimento de alerta do banco, falando que seus dados foram violados, e ao clicar no link contido no e-mail, a vítima é encaminhada para uma página semelhante com a do banco, mas que, na verdade, é falsa e foi criada para roubar as informações. Em seguida, pedirá que confirme login e senha, e após confirmar, será direcionada à página real da instituição financeira para inserir as informações pela segunda vez. Este tipo de fraude acontece muito durante datas comemorativas ou em datas de queima de estoque, como por exemplo o Natal e a *Black Friday*.

O *Phishing* propriamente já é um crime de fraude eletrônica, mas pode também ser utilizado para cometimento de novos crimes, como falsidade ideológica, injúria e extorsão.

2 PANDEMIA COVID-19

A COVID-19 é um vírus que surgiu neste século e pegou todos os países desprevenidos.

Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde:

“Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos (...) e em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19”. (OPAS, 2021)

Rapidamente em poucos dias se espalhou para o mundo, sendo que o Brasil registrou o 1º caso de contaminação, no final de fevereiro de 2020, e ao passar do tempo, segundo o painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19), no Brasil pelo

Ministério da Saúde, o país conta com 613.642 óbitos e até o presente momento (24/11/2021), está com média de 213 mortes por dia. Este foi um dos maiores desastres pelo qual o Brasil já passou, que inclusive obrigou brasileiros a ficarem em suas casas e quem podia, trabalhava via Web, quem não podia, a única opção era esperar. Se não bastasse, ainda se teve um aumento aterrorizante nos casos de crimes virtuais durante esse mesmo período. Naturalmente os números iriam aumentar, pelo simples fato de que, quanto mais pessoas utilizam da internet, mais pessoas estão sujeitas a serem alvo de crimes.

3 AUMENTO DOS CRIMES VIRTUAIS

Segundo Gastal (2021) em seu artigo escrito na ORG - Women in law Mentoring Brazil:

De 2019 para 2020, os registros de crimes cibernéticos com vítimas mulheres saltou de 7.112 para 12.698, um aumento de quase 80%. Dentre os delitos mais recorrentes, destacaram-se ameaças, crimes contra a honra, pornografia de vingança e stalking (GASTAL, 2021).

Se não o bastante, o volume de crimes cibernéticos no Brasil só vem aumentando, sobretudo em tempos de pandemia, pois pessoas se viram obrigadas a desenvolver um conhecimento digital para que pudessem continuar com suas atividades que anteriormente eram presenciais, mas que agora, devido a COVID-19 repentinamente tiveram que ser virtuais, como por exemplo o "home office", as aulas, as vendas e as compras.

Segundo os dados da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos em parceria com a ONG Safernet e o Ministério Público Federal, em 2020, foram registradas 156.692 denúncias, sendo quase o dobro do ano anterior que na época era de 75.671. Já sobre crimes relacionados a Pornografia Infantil tiveram 98.244 denúncias, sendo esse o crime mais cometido daquele ano de 2020.

Desse modo, em 2020, devido a massiva adesão ao "home office", os crimes cibernéticos dispararam em sistemas de acesso remoto no Brasil. Segundo a Kaspersky (2020) os ciberataques tiveram um aumento exponencial:

Levantamento da Kaspersky revela que os ataques de força bruta (Brute Force Attacks) direcionados ao "Remote Desktop Protocol (RDP)" – uma das ferramentas de acesso remoto mais populares para postos de trabalho ou servidores – passaram de uma média diária de 402 mil em fevereiro para mais de 1,7 milhões em abril, um crescimento de 333% em dois meses. (KASPERSKY, 2020)

Este tipo de ataque busca descobrir senha e login de usuário por meio de tentativa e erro. Caso descubram, os criminosos ganham acesso ao computador da vítima, o que lhes permite a praticar de inúmeros crimes.

Os ataques dispararam a partir do início de março em toda a América Latina. No Brasil, o crescimento mais acentuado aconteceu entre os dias 9 e 10, quando o número de ataques triplicou de um dia para o outro. A partir de então, a média diária se manteve sempre acima de 1 milhão até o fim de abril. Em fevereiro, a Kaspersky identificou 11,6 milhões de ataques de força contra RDP no País; já em abril, foram mais de 50,5 milhões – um crescimento de 333% em dois meses. (KASPERSKY, 2020)

O período de março de 2020, foi justamente quando o país estava no início do *lockdown*, e já em abril, muitos brasileiros estavam em casa, o que tornou o Brasil o país mais atingido da América Latina com 60% dos ataques virtuais, seguido de Colômbia, com 11,9 milhões de ataques.

Vale ressaltar que embora pessoas tenham sido forçadas a rapidamente trabalhar ou estudar à distância, não houve garantia de medida de segurança adequada no ingresso desses indivíduos na “nova plataforma” e como geralmente computadores domésticos tem pouca proteção, não houve tempo hábil para ensinar medidas de segurança à população.

4 PRECAUSÃO NECESSÁRIA

Nas palavras de Capez (2021) em entrevista para a Jovem Pam, ressaltou a importância e o cuidado com sites falsos, dizendo que na dúvida pesquise sobre o endereço físico e eletrônico, bem como, entre no site do Procon e cheque a empresa em questão.

Casos se trate de crimes contra crianças e adolescência, a atenção deve ser redobrada, por causa da fragilidade das mentes em desenvolvimento dessas pessoas que são o futuro desta nação. Há necessidade de observação constante e conversas adaptadas à faixa etária, explicando sobre os males que podem acontecer no ambiente virtual. Por isso, deve-se fiscalizar redes sociais, incluindo os conteúdos acessados pelos menores.

Já sobre precauções contra softwares mal-intencionados, verifica-se a necessidade de manter o sistema operacional do dispositivo sempre atualizado com o pack de segurança mais atual, e também a ativação e atualização de softwares de antivírus.

Dessa forma, quando se trata de rede mundial de computadores, a vigilância é sempre bem-vinda, na dúvida de algo, pesquise em sites de busca sobre a empresa, sobre a mensagem, sobre o e-mail, para que não seja mais uma vítima dessas práticas delituosas.

5 CRIMES VIRTUAIS (PRÓPRIO E IMPRÓPRIO) E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Até o ano de 2012 não havia leis específicas para punir os crimes cibernéticos próprios, a legislação não levava em consideração o meio usado para a prática do delito, somente se punia crimes cibernéticos impróprios.

No entanto, acompanhando a evolução social criminal, inovou-se com a criação de duas Leis que buscavam tratar sobre a matéria, a Lei 12.735/2012, denominada "Lei Azeredo", e a Lei 12.737/2012 também conhecida como "Lei Carolina Dieckman".

5.1 Lei Azeredo (Lei 12.735/2012)

Sancionada em 30 de novembro de 2012, passou a tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similar, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares. Além de que, em seu art. 4º, tratou sobre a criação de órgãos especializados para o combate à ação criminosa em rede de computadores dispositivo de comunicação ou sistema informatização. Por fim, em seu artigo 5º, modificou o inciso II, do § 3º, do art. 20, da Lei 7.716, conhecida como Lei do Racismo, para impedir que novas tecnologias fossem utilizadas como meio de disseminação de intolerância racial.

5.2 Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737) e a Invasão de Dispositivos Informáticos

Também sancionada em 30 de novembro de 2012, recebeu este nome devido ao caso onde a atriz teve suas fotos íntimas divulgadas em vários sites, o que gerou comoção e discussão social sobre a falta de punição para este tipo de infração. Então essa nova lei alterou o Decreto de Lei 2.848 de 07 de setembro de 1940 do Código Penal.

Inovou-se alguns artigos, dentre eles, o artigo 154-A, que passou a penalizar diretamente os invasores de dispositivos informáticos, mas também em seu § 1º aqueles que disponibilizavam dispositivo e programa com a intenção de permitir a prática do crime definida no "caput".

5.3 Marco Civil (Lei 12.965/2014)

Projeto que surgiu em 2009, mas que somente foi sancionado em 2014. O Marco Civil da Internet surgiu para regular os direitos e deveres dos internautas, funcionando como uma "Constituição" que regula a rede virtual no país.

Um ponto muito importante dessa lei, é a proteção dos dados e da privacidade do usuário, ou seja, inviolabilidade e sigilo das comunicações, podendo somente ser acessado mediante ordem judicial. Caso seja violado a privacidade, cabe a vítima solicitar a retirada do conteúdo de forma direta no site ou serviço de hospedagem.

5.4 Calúnia, Difamação e Injúria

Esses crimes são muito frequentes e ainda mais comum na internet, onde indivíduos se escondem atrás do anonimato virtual para o cometimento desses crimes.

Calúnia (artigo 138, do Código Penal) ocorre quando uma pessoa cria algo acusando o outro de um a prática de um crime, mesmo sabendo da inocência da vítima, ofendendo a honra objetiva.

Por outro lado, a Difamação (artigo 139, do Código Penal), é quando alguém imputa fato ofensivo à reputação de terceira pessoa (honra objetiva), podendo por exemplo ser praticado através de posts em redes sociais.

Por fim, a Injúria (artigo 140, do Código Penal) trata-se de ofensa a dignidade ou decoro da outra pessoa, por exemplo a mera ofensa a determinado indivíduo que afeta auto estima (honra subjetiva).

5.5 Racismo

Os crimes de racismo estão previstos na Lei nº 7.716, ocorrem quando há discriminação ou preconceito direcionado a determinado grupo pela raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Então, para impedir a disseminação de intolerância racial por meio de comunicação em massa, criou-se o § 2º, do artigo 20 da Lei 7.716:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (BRASIL, 1989)

Destaca-se que esse tipo de crime é muito comum na internet. Indivíduos acobertados pelo anonimato momentâneo, distribuem mensagens e palavras de ódio contra determinados grupos, simplesmente, por causa da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Ressalta-se que embora o racismo esteja previsto em Lei própria, também é garantido o respeito ao próximo nos artigos 3º, IV e 5º, da Constituição Federal de 1988.

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

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

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988)

Dessa forma, não há respaldo e nem há motivos para alguém ser odioso contra determinado grupo de pessoa, sendo que todos são iguais perante a lei.

5.6 Invasão de dispositivo informático (art. 154-A, do Código Penal)

Incluído pela Lei Carolina Dieckman, mas recentemente modificado pela Lei 14.155, de 2021, parte do texto base e a pena do artigo foram alterados, assim como, aumentou-se a causa de aumento do § 2º e a pena da qualificadora do § 3º. O Crime trata-se de invasão de determinado aparelho, com o objetivo de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades.

5.7 Furto mediante fraude por meio eletrônico (art. 155, § 4º-B)

Este crime é uma qualificadora do furto, nele o autor pratica o furto mediante fraude utilizando-se de dispositivo eletrônico ou informático.

Acrescido pela Lei 14.155, de 2021, qualificou o crime em seu § 4º-B, se o furto mediante fraude foi cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, e no § 4º-C trouxe causa de aumento de pena, a depender se o crime é praticado utilizando-se servidor mantido fora do país ou contra idoso.

5.8 Fraude eletrônica (art. 171 § 2º-A, do Código Penal)

A fraude eletrônica foi acrescida pela Lei 14.155, de 2021 que qualifica a prática de fraudes por meios virtuais.

§ 2º-A A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. (BRASIL, 1988)

Geralmente os dados furtados são obtidos através da técnica de *Phishing*.

5.9 Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C, do Código Penal)

Este crime foi adicionado pela Lei nº 13.718, de 2018 ao Código Penal Brasileiro, que acrescentou o artigo 218-C, tornando crime divulgar sem consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia, e também a causa de aumento de pena se o crime foi praticado por agente que teve ou tem relação íntima de afeto com a vítima ou com fim de vingança ou humilhação.

Embora seja generalizada a classificação de pedófilo e abusador de criança, nem todo abusador de criança é pedófilo. O abusador de crianças é definido pelos seus atos, por outro lado o pedófilo é definido pelo seu desejo incomum.

5.10 Pedofilia Virtual

Comumente, o senso comum considera pedofilia como crime, mas não está correta essa definição. Juridicamente, pedofilia não é considerada como crime em nosso país, o que é considerado crime é a externalização de determinadas condutas ou o abuso sexual em relação as crianças e adolescentes. Não existem em nosso ordenamento jurídico o crime de pedofilia. Trata-se de um termo médico catalogado no item F65.4 da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Pedófilo é o sujeito que tem pedofilia, é uma determinada pessoa quem carrega um transtorno psicológico que causa atração sexual por crianças e adolescentes pré-púberes. Ser alguém doente não é crime, enquanto encontra-se na fase de cogitação, não há que se falar em crime. Entretanto, quando se adentra na fase de execução, neste momento poderá ser punível a depender da conduta praticada definida como crime no Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente ou em outra lei penal extravagante.

Embora seja generalizada a classificação de pedófilo e abusador de criança, nem todo abusador de criança é pedófilo. O abusador de crianças é definido pelos seus atos. Por outro lado, o pedófilo é definido pelo seu desejo sexual incomum (crianças e adolescentes pré-púberes), também conhecido como parafilia.

De acordo com Hisgail (2007):

A pedofilia representa uma perversão sexual que envolve fantasias sexuais da primeira infância abrigadas no complexo de Édipo, período de intensa ambivalência de criança com os pais. O ato pedófilo caracteriza-se pela atitude de desafiar a lei simbólica da interdição do incesto. O adulto seduz e impõe um tipo de ligação sigilosa sobre a criança, na tentativa de mascarar o abuso sexual (HISGAIL, 2007, p. 17).

Tendo em vista que a tecnologia está cada vez mais presente na vida de crianças e adolescentes, trazendo melhorias e facilidades da modernidade, eis que também aparecem problemas que podem causar traumas irreparáveis à essas crianças ou adolescentes. Em meio ao desenvolvimento tecnológico em nosso país, a Lei nº 8.069/1990, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que inicialmente já tratava sobre crimes relacionadas com pornografia infantil, mais precisamente em seus artigos 240 e 241, mas que em alteração para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, assim como a criminalização daquele que obtém ou tenha posse desse material, bem como outras condutas com relação a pedofilia no meio virtual, criou-se a Lei nº 11.829/2008 que alterou e acrescentou artigos ao tema. A nova lei, incluiu os artigos 241-A a 241-E.

A internet que em seu início surgiu como um meio de compartilhamento de informações e encurtador de distância, mas que ao longo dos anos, acabou sendo utilizada para cometimentos de crimes.

Segundo Santos (2011, p.133):

A verdade é que a internet tem sido amplamente usada para a prática de diversos tipos de delitos sexuais, em muitos casos, facilitados pela intermediação do computador. As salas de bate-papo, os sistemas de mensagens instantâneas, os sites de relacionamento, as redes ponto a ponto, os desenhos, os vídeos, as webcams e os programas de manipulação de imagens têm sido palco de todo tipo de delito sexual, incluindo ameaça contra a integridade física, atentado violento ao pudor, coação sexual, abuso sexual, assédio sexual, ato obsceno, exibicionismo, proxenetismo, sedução, corrupção de menores, fraude e até sequestro de crianças e adolescentes que deram seus dados pessoais e vão ao encontro de autores de violência sexual que conheceram pela internet.

Ao longo da pandemia, crimes virtuais aumentaram e bateram recordes em nosso país. De acordo com a Associação de Combate a Pedofilia na Internet (Safernet Brasil), em 2020, no primeiro ano de covid-19 bateu-se o recorde histórico desde o início da mediação (iniciada em 2006), o site recebeu 98.244 denúncias anônimas de páginas de internet contendo pornografia infantil, mostrando um aumento de 102,24% em relação ao ano anterior que era de 48.576. Já entre janeiro e abril, de 2021, o cresceu-se 33,45%, foram feitas 15.856 denúncias em relação ao mesmo período do ano passado.

Segundo o presidente da Safernet (2021):

A pandemia provocou e continua a provocar mudanças abruptas na rotina das famílias. As crianças ficaram muito mais tempo online e

expostas a situações de risco, agravado pelo fechamento das escolas, que sempre serviu como uma importante rede de apoio e prevenção a violência sexual. (TAVARES, 2021 apud SAFERNET, 2021).

Com isso, verifica-se que a exposição forçada e o fechamento das escolas ter parte no agravamento de crimes virtuais praticados contra crianças e adolescentes.

5.11 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD

Em atualização ao Marco Civil da Internet, surgiu-se a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD conforme o Art. 1º:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018, Art. 1º)

Em continuidade a evolução normativa, criou-se a Lei 13.853/19, com a finalidade de alterar e criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, que com todas alterações entrou em vigor em 16 de agosto de 2020.

A LGPD protege somente dados de pessoas naturais (pessoa física), pois são estas as titulares dos dados pessoais. Dessa forma, impacta todos os setores a economia brasileira, tanto as pequenas, medias e grande empresa, assim como os órgãos públicos.

Essa Lei serve para garantir o direito de privacidade da população e impedir que base de dados de cadastros circulem livremente entre empresas e pessoas para que elas não usem da forma com bem entendam. Um exemplo de prática irregular desse tipo de dado trata-se de SMS que pessoas recebiam de determinadas empresas oferecendo alguns serviços, mas que na realidade aquelas pessoas jamais tiveram contato, nem se quer sabia da existência das empresas em questão. Como no passado essa prática não era vedada, empresas compravam dados cadastrais de clientes de outras empresas a fim de ampliar seu banco de dados e conseqüentemente seus clientes.

Na Lei de Proteção de Dados existem 04 (quatro) figuras básicas, o dado, o titular dos dados, o controlador e o operador. Essa mesma lei nos informa os conceitos sobre tais figuras.

O dado é toda informação que diz respeito a alguém, vejamos o que diz a Lei nº 13.709:

Art. 5º: Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. (Brasil, 2018).

Já o titular dos dados, trata-se daquele a quem a informação se refere, seu conceito está inserido no art Art. 5º, inciso V, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 "*titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.*" (Brasil, 2018).

Por sua vez, o controlador é quem decide o que vai ser feito com as informações adquiridas, seu conceito está descrito no Art. 5º, inciso VI, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 "*controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.*" (Brasil, 2018).

Por fim, operador é quem pratica o que foi decidido pelo controlador e seu conceito está contido no Art. 5º, inciso VII, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 "*operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.*"

Além desses, este artigo 5º também traz inúmeros outros conceitos importantes, que podem ser utilizados em um novo estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o crescimento forçado de usuários de tecnologia durante o período de pandemia da covid-19, o ambiente virtual passou a ser ainda mais atrativo para criminosos, pois possuía características que impulsionava tal prática, como a sensação de anonimato e o despreparo das vítimas no ambiente em questão.

Ressalta-se que, embora inicialmente na história do país tenha havido lacunas quanto aos crimes virtuais, nota-se que em acompanhamento a evolução tecnológica criminal, o direito também evoluiu, se adaptando à nova realidade ao levar em consideração os crimes digitais.

Dessa maneira, buscou-se apresentar alguns crimes virtuais, e mesmo sabendo sobre a dificuldade da punição para certos delitos, ficou claro que a internet não é “terra sem lei”. Nota-se, também, que alguns crimes são praticados como “meio” para se chegar a um crime fim. Embora pareça um ambiente livre de regras, o direito está cada vez mais presente no cyber espaço.

Cumprе ressaltar que, embora já existam inúmeros mecanismos na legislação vigente para coibir a prática de crimes virtuais, nota-se que estes mecanismos ainda não são totalmente eficazes para a proteção de todos os usuários tecnológicos.

Por tanto, de certo modo, a covid-19 acelerou o aumento dos casos de crimes virtuais, devido à falta de preparo de inúmeros brasileiros em relação ao ambiente virtual. Porém, como visto anteriormente, o direito deve acompanhar essa evolução, assim como, a sociedade deve continuar a prosperar tornando-se mais atenta quando se tratar de segurança digital.

Por fim, conclui-se que, embora muitos digam que “a internet é uma terra sem lei”, na verdade, no ciberespaço também há leis para a segurança do usuário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Coronavírus. **Painel Coronavírus**. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 20, nov 2021.

BRASIL. Constituição. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: data 28 nov 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 abr 2022.

BRASIL. Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. **Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acesso em: 24 abr 2022.

BRASIL. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas**

realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm. Acesso em: 28 nov 2021.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 nov 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 05 abr 2022.

BRASIL. Lei nº 13.853, de 08 de jul de 2019. **Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 05 abr 2022.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm. Acesso em: 28 nov 2021.

BRASIL. 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: 28 nov 2021.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 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: 28 nov 2021.

CAPEZ, Fernando. **Especialista alerta contra golpes na Black Friday**. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=l84zTgvyYM4>. Acesso em: 27 nov 2021.

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

ELAZAR, Keren. **Hackers: o sistema imunológico da Internet**. 2014. Disponível em: https://www.ted.com/talks/keren_elazari_hackers_the_internet_s_immune_system?embed=true&language=pt-br. Acesso em: 20 nov 2021.

FERREIRA, Ivete Senise. **A criminalidade informática**. In: LUCCA, Newton.; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet**. Bauru: Edipro, 2001.

GASTAL, Mariana. **Crimes Cibernéticos E A Pandemia De Covid-19**. 2021. Disponível em: <https://wlm.org.br/crimes-ciberneticos-e-a-pandemia-de-covid-19>. 2021. Acesso em: 27 nov 2021.

HISGAIL, Fani. **Pedofilia**. Editora Iluminuras Ltda, 2007.

LABS, Kaspersky. **Home office motiva aumento de mais de 330% em ataques usando sistemas de acesso remoto no Brasil**. 2020. Disponível em: https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2020_home-office-motiva-aumento-de-mais-de-330-em-ataques-usando-sistemas-de-acesso-remoto-no-brasil. 2021. Acesso em: 20 nov 2021.

LABS, Kaspersky. **O que é botnet? - Definição**. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/botnet-attacks>. 2021. Acesso em: 20 novembro 2021.

LABS, Kaspersky. **O que é keylogger?**. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/keylogger>. 2021. Acesso em: 20 nov 2021.

LABS, Kaspersky. **O que é phishing e como ele afeta todos os usuários de e-mail**. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/preemptive-safety/what-is-phishings-impact-on-email>. 2021. Acesso em: 27 nov 2021.

LABS, Kaspersky. **O que é um trojan e que danos eles podem causar?**. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/trojans>. Acesso em: 20 nov 2021.

LABS, Kaspersky. **O que são ataques de DDoS?**. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/ddos-attacks>. 2021. Acesso em: 20 nov 2021.

LIMA, Gabriel. **Hackers Éticos são o sistema imunológico da internet**. 2021. Disponível em: <https://canaltech.com.br/hacker/hackers-eticos-sao-o-sistema-imunologico-da-internet>. Acesso em: 20 nov 2021.

MEDICINA NET. **CID 10: F65.4 Pedofilia**. 2022 Disponível em:
https://www.medicinanet.com.br/cid10/5473/f654_pedofilia.htm. Acesso em: 03 maio 2022.

ROQUE, Sérgio Roque. **Criminalidade Informática – Crimes e Criminosos do Computador**. 1 ed. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007.

SAFERNET. **Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos**. 2021. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/>. 2021. Acesso em: 27 nov 2021.

SAFERNET. **Denúncias de pornografia infantil cresceram 33,45% em 2021, aponta a Safernet Brasil**. 2021. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/denuncias-de-pornografia-infantil-cresceram-3345-em-2021-aponta-safernet-brasil>. Acesso em 25 abr 2022.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos. **Guia escolar**: identificação de sinais de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes. Rio de Janeiro: EDUR, 2011.

SAÚDE, Organização Pan-Americana. **Histórico da pandemia de COVID-19**. 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. 2021. Acesso em: 27 nov 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2014.

A PERDA DO TEMPO ÚTIL CARACTERIZADORA DO DANO MORAL

EDIELLI DA SILVA REZENDE:

Bacharelanda em Direito da
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis. São Paulo.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador)

Resumo: O reconhecimento do dano moral nos tribunais quanto à perda do tempo útil é tema indispensável de debate, uma vez que, no atual estágio societário, há uma grande incidência desse tipo de dano, pois que faz com que os indivíduos desviem suas competências ordinárias para resolver problemas inesperados, onde, aqueles que realmente se enquadram no perfil do dano, acabam por sofrer as consequência da falta de credibilidade muitas vezes impostas pelos tribunais e autoridades. Entende-se perda do tempo útil o desperdiçado pela parte hipossuficiente da relação de consumo e, inclusive, qualquer outra situação que ocasione dano quanto ao tempo irrecuperável do indivíduo, que necessita alterar suas atividades regulares, isto é, com desvio da produção. Corrigível, todavia, por meio de indenização.

Palavras Chaves: Dano Moral, perda, tempo util, danos.

ABSTRACT: The recognition of moral damage in the courts regarding the loss of useful time is an indispensable topic of debate, since, in the current societal stage, there is a great incidence of this type of damage, since it causes individuals to deviate their ordinary competencies to solve unexpected problems, where those who really fit the profile of the damage end up suffering the consequences of the lack of credibility often imposed by the courts and authorities. It is understood as the loss of useful time that is wasted by the hyposufficient part of the consumer relation and, also, any other situation that causes damage as to the irrecoverable time of the individual, who needs to change his regular activities, i.e., with deviation from production. Correctable, however, by means of indemnification

Keywords : Moral damage, loss, useful time, damage

O Artigo art. 944 do Código Civil de 2002, que dispõe: "*A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*".

1 INTRODUÇÃO

Na atual perspectiva, muitos são os desafios enfrentados no cotidiano de uma sociedade, como demora acentuada em fila de instituição financeira, cobrança de cartão falsificado, atraso de viagem aérea, não prestação de serviço devido por planos de saúde, fato do produto e do serviço, entre outros.

Dizer-se que, embora o tempo não seja um bem jurídico previsto constitucionalmente, é possível enquadrá-lo na figura do dano moral, haja vista que é corrente a perda de tempo de trabalho, com a família e mesmo de tempo de lazer, todos aptos a gerar indenização. Nessa mesma linhagem de pensamento, o presente artigo objetiva intensificar o reconhecimento do dano moral quando há perda do tempo útil, entendido no desvio de produção, e ainda reforçar e dar relevo, em específico, para o dano moral na perda do tempo útil.

Assim, entenda-se que o dano moral estará configurado sempre que preenchidos seus requisitos, isto é, após a verificação da autenticidade da violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. De maneira compêndia, dano moral é a lesão a um bem integrante da personalidade, ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe problemas patológicos além dos psíquico como, angústia, ansiedades e desequilíbrio em seu bem-estar.

O tema apresentado é essencial para o direito civil brasileiro, pois trata de princípios, valores e como a lei é empregada, tendo em vista que o agir corretamente faz parte do fundamentalismo que todo ser humano deveria ter gozo.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 DANO MORAL

Existe um consenso envolvido na jurisprudência e doutrina de que o dano moral seria a violação de um dos direitos da personalidade previstos no artigo 11 do Código Civil, como por exemplo, a violação ao nome, imagem, privacidade, honra etc.. Sendo dever do juiz que verifica o caso concreto averiguar minuciosamente se determinada conduta (ilícita, doloso ou culposa), acarretou prejuízo moral a alguém, provocando assim sofrimento psicológico que supere aborrecimentos cotidiano, onde todos nós estamos sujeitos.

Desta forma, cita-se a obra de Sílvio de Salvo Venosa, onde o mesmo atribui ao dano moral sendo um prejuízo imaterial, ou seja, afeta diretamente a saúde psíquica da vítima.

[...] Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente; [...]

(Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., Atlas, p.52)."

[...] Acrescentamos que o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação da personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, síndromes, bloqueios etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa; [...]. (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., Atlas, p.54).

Deve-se atentar, ainda pela visão do doutrinador que, não é qualquer aborrecimento do cotidiano que justifica a indenização por dano moral. É necessário ter como base o comportamento do ser humano, que seria classificado como um meio termo entre a pessoa que se qualifica como extremamente sensível e aquela completamente fria, onde esta não altera seu comportamento com aborrecimentos do cotidiano.

Por essa razão, todos os fatos presentes no caso devem ser levados em consideração na apreciação da conduta pelo juiz, de modo que possa fixar na sentença um valor que se revele suficiente a compensar toda dor e sofrimento enfrentado pela vítima e ao mesmo tempo preservar o caráter punitivo pedagógico dessa modalidade de indenização, nunca perdendo de vista as condições econômicas e sociais das partes envolvidas (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., Atlas, p.54).

Pode-se citar também o Código Civil, Lei nº 10.406/02, dispõe expressamente em seus artigos 186, 187 e 927 a respeito do dano moral.

O artigo 186 dispõe: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Já o artigo 187, dispõe que 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.

Por último, o artigo 927 da Lei Civil, prevê, de forma expressa, que aquele que cometer o ato ilícito previsto nos artigos 186 e 187 e causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Por fim, Ventosa afirma que o dano moral pode também ocorrer nas relações familiares, como por exemplo no rompimento do casamento, podendo acarretar graves violações aos direitos da personalidade do cônjuge, como sofrimento psicológico anormal ou situações de extrema humilhação, onde no seu entendimento, justificaria um pedido de indenização pelo dano causado, com base no artigo 186 do Código Civil brasileiro.

[...] Com frequência, muitas situações de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia, ofensas físicas, abandono moral e material, alcoolismo etc. ocasionam o dano moral ao cônjuge inocente, abrindo margem à pretensão de indenização nos termos do artigo 186, não havendo necessidade de norma específica para tal; [...] (Direito Civil, Direito de Família, 15ª ed., Atlas, p.213).

Deste modo, concluímos que é um prejuízo imaterial causado pelo ato ilícito onde atingimos o psicológico da vítima, causando-lhe dor, sofrimento e problemas que podem gerar patologias.

No entanto, para que seja caracterizado como dano moral mediante indenização, necessita-se da comprovação ampla, que recorrente não é fácil em casos concretos.

2.2 A TEORIA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL

“Tempo é dinheiro”, frase afamada que se torna cada vez mais comum em uma sociedade capitalista, devido a medida que as pessoas assumem compromissos pessoais e/ou profissionais, aparece a necessidade de adequar da melhor maneira a distribuição do tempo, afim de torná-lo mais produtivo.

Tal ideia organizacional, tem por fundamento adequar e administrar o tempo de forma produtiva, já que independentemente do número de obrigações e circunstâncias, o dia continuará sendo composto por 24 horas.

Contudo, a ideia de tempo é tão importante que, as ações judiciais ou quaisquer outras discussões econômicas sempre terão previsão de juros, atualização monetária e lucros cessantes, de maneira a “compensar” qualquer tempo perdido.

Seguindo essa linha de pensamento, o consumidor que permanece horas na fila de um banco tentando solucionar uma cobrança indevida, ou aquele que recebe dezenas de ligações por dia e em finais de semana com cobranças insistentes, são exemplos de situações que o consumidor precisa de forma cansativa disponibilizar seu

tempo, que certamente estaria sendo utilizado de uma forma produtiva, a fim de tentar solucionar o conflito imposto.

O tempo é insubstituível e sem preço para venda, onde uma vez perdido não será possível recuperá-lo. Logo, não é justo desperdiçá-lo com tentativas incessantes de solucionar cobranças indevidas ou abusivas referente à falha de prestação causada pelo próprio fornecedor.

2.3 A PERDA DO TEMPO E A ESFERA JURÍDICA

O tempo é um recurso produtivo, uma vez que as pessoas querem sempre mais tempo para investir em benefício próprio. Trata-se de um “bem” também escasso, ou seja, as pessoas detêm menos tempo do que desejam.

A teoria da perda de tempo livre o útil baseia-se na perda involuntária do tempo do consumidor que fora prejudicado por empresas fornecedoras em situações intoleráveis, onde se qualifica como desrespeitoso, fazendo com que este venha a perder seu tempo livre e se abster de sua rotina.

Pode-se complementar de maneira positiva diante da lição trazida pelo Desembargador e professor, André Gustavo Côrrea de Andrade, em sua dissertação de mestrado, *in verbis*:

“Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação de perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamentos em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e dentários e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade.

O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica a desídia, desatenção ou despreocupação de obrigados morosos, na grande maioria das vezes pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento aos seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente veem os consumidores como meros números de sua contabilidade”. (2004, p.10)

Na citação acima, a indenização pelo dano moral deve ser reconhecida, de acordo com o dano sofrido pela perda do tempo livre se encontrado num patamar

diferente de meros aborrecimentos cotidianos, sendo causada por fatores que fujam da vontade e escolha do consumidor. Desta forma, pode e deve ser indenizado.

Todavia, para que a reparação seja possível, é imprescindível que haja um desperdício extrapolado ou desproporcional do tempo útil ou produtivo.

Ademais, Marcos Dessaune (2011, p. 147-148) faz referência a diversos fatos em que o consumidor é submetido quando tenta exercer o seu direito como tal e acaba tendo uma usura incalculável com o desinteresse do fornecedor em eliminar seus problemas. Segue:

“Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8,078/1990) preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam úteis e não causem riscos ou danos ao consumidor – e também proíba, por outro lado, quaisquer práticas abusivas, ainda são ‘normais’ em nosso País situações nocivas como:

– Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;

– Ter que retornar à loja (quando não se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado; (...)

– Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo pra pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado; (...).”

De acordo com renomado estudioso brevemente citado acima, o fornecedor tem o dever tácito de liberar os recursos produtivos do consumidor, para que este empregue seu tempo nas atividades de sua preferência.

Diga-se de passagem, o tempo é extrapatrimonial que não pode ser ressarcido, devolvido ou recuperado (como já mencionado acima em outros pontos). Sua perda implica em prejuízo íntimo para o titular, que visto sem tempo, não pode cuidar de outras atividades que fazem parte da sua vida.

Por conseguinte, em tempos de padronização do consumo, pensar em considerar a perda involuntária do tempo livre apenas um incidente inerente à vida seria aquiescer com a lógica da obtenção de lucros sem limites éticos e legais perante o consumidor, visto que a perda do tempo do consumidor também implica em violação a boa-fé objetiva que sustenta as relações de consumo, como será deslindado a diante.

Tudo o que se fizer indispensável para retornar-se na mesma situação ou para minorar a perda sofrida, deve ser da responsabilidade do causador da lesão.

2.4 DA APLICAÇÃO DO DANO MORAL NA PERDA DO TEMPO ÚTIL

Há de se examinar, desde logo, as possibilidades que ocasionam o dano moral na perda do tempo útil. Assim, o exemplo mais corriqueiro é quanto ao tempo de espera em instituições financeiras, em que se faz presente a Lei da Fila do Banco.

A Lei nº 4.715/2003 é a reguladora do exemplo na cidade de Santa Maria/RS, e trata do tempo de espera razoável em filas bancárias por clientes ou usuários, devendo o atendimento ocorrer dentro do limite de 30 minutos nesta localidade e em 15 minutos na capital do estado gaúcho, em dias normais. Ainda, válido dizer que esse tempo é estendido para 45 minutos nas vésperas e retornos de feriados, possuindo variações legais entre um e outro município.

Assim, entenda-se que o dano moral resta configurado sempre que preenchidos seus requisitos, isto é, verifique-se a violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. Para Cavalieri Filho, dano moral é a lesão a um bem integrante da personalidade,

É nesse ponto que se fixa a legitimidade deste trabalho, vez que, em ultrapassando limites admissíveis de tempo, cabe então uma multa extrajudicial devida ao próprio consumidor, a servir como estímulo para a reiteração das decisões que reconhecem o dano moral, a compensação na perda do tempo útil.

2.5 DO DESRESPEITO ÀS NORMAS DO CONSUMIDOR

Ve-se com clareza na Norma de Proteção ao Consumidor quanto ao sentido de evitar a perda de tempo útil. A lei de amparo ao consumidor é seguida da legislação que traz a demonstração do dano moral no desvio de produção, vista especificamente no art. 20, § 2º, *in verbis*.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha.

Quando se justifica o dano moral oriundo da perda do tempo útil, relaciona-se com frequência a problemática enfrentada em bancos. As instituições financeiras respondem pontualmente pelos danos causados aos consumidores pela prestação de serviços defeituosos, onde se inclui o resultado e os riscos que razoavelmente se esperam dos serviços, segundo o art. 14, *caput*, e § 1º, II, do CDC. Ademais, o art. 3º, § 2º, deste mesmo diploma legal inclui as atividades bancárias, de crédito e securitárias na definição do que é serviço.

Conforme cita José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, atualmente aposentado, onde as operações de crédito englobam a sua totalidade sem possibilidade restritiva. Afirma ele que – se o legislador assim pretendesse – “*ele teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a se analisar da sua ruptura com os ditames da Carta Magna sobre o tema*”.

Desta forma, fica caracterizada a responsabilidade das empresas em reparar o dano moral causado frente à perda do tempo útil do consumidor, devido o não cumprimento do acordo realizado. Segue ementa a seguir:

Responsabilidade civil. Recurso especial. Advogado que contrata serviços dos Correios para o envio de petição recursal. Sedex normal. Contrato que garantia a chegada da petição ao destinatário em determinado tempo. Não cumprimento. Perda do prazo recursal. Responsabilidade civil dos Correios para com os usuários. Relação de consumo. Dano moral configurado. Dano material não provado. Teoria da perda de uma chance. Não aplicação no caso concreto. [...] É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável. 6. Condenação por dano moral arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Acima, pode-se ver a presença de perda de tempo útil devido a um problema gerado ao advogado-consumidor em prestação de serviços do fornecedor. A ocorrência do dano moral causado pela perda do tempo útil é acessível quando da realização da peça processual não torna-se eficaz no âmbito judicial pela perda do prazo,

ocasião em que outras atividades poderiam ser realizadas, entre as quais algumas peças processuais frente a seu trabalho, o lazer com a própria família.

Desta forma, emprega-se a reparação danosa moral quando percebe-se distanciamento da realidade usual, melhor dizendo, quando existe prejuízo na regularidade cotidiana. Seria dizer que o consumidor sofre devido a perda de tempo útil, onde seria correto o alinhamento seria ser credor de danos morais diante dessa perda, ocasionada pelo fornecedor correspondente.

2.6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DANO MORAL

Classicamente, podemos classificar a responsabilidade civil pela subdivisão contratual e extracontratual, adunca ou responsabilidade civil por ato ilícito. É inequívoco que responsabilidade possui a ideia de obrigação; entretanto, não pode ser com esta confundida porque responsabilidade resulta, regra geral, de atos ilícitos, ao passo que obrigação é oriunda da esfera de atos lícitos.

É exatamente o que acontece no excesso de tempo despendido em fila bancária, em ligações telefônicas para atendimento da relação de mercado, em cobrança inadequada de cartão adulterado, atraso de companhias aéreas e câmara digital adquirida para fotografar casamento que não funciona na data do matrimônio, ou quaisquer outros fatos que assim possam ser citados com sofrimento ao indivíduo, o qual decorre de perda não pecuniária, mas de tratamento indiferente ao homem. Os tribunais pouco têm reconhecido essa espécie, e banalizam uma, duas horas ou mais de perda de tempo útil com alteração das atividades normais. As Cortes então, comumente, chancelam de mero dissabor cotidiano, o que não é crível seja generalizado.

3 PROJETO DE LEI ORDINÁRIA PARA APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA DEVIDO E A JURISPRUDÊNCIA

De acordo com a linhagem do presente trabalho, eis que é necessário criar um projeto de lei capaz de aplicar uma multa como acordo pago ao consumidor. Denominamos a paga do dano moral quando superveniente episódio que desvirtua suas atribuições normais do dia a dia com base nos critérios da fixação do dano em outro lugar tratado.

Articula-se, assim, a ideia de um oportuno projeto de lei com aplicação de multa, a qual faz referência à perda do tempo útil, em que não é empregado o dano moral indenizável pelas nossas Cortes. Desta forma, trouxe-se um exemplo de recente acórdão julgado pela 10ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná que condena por dano moral quando da demora em fila de banco, conforme trechos a seguir:

Responsabilidade civil. Longa espera em fila de agência bancária, por tempo superior ao estabelecido em lei municipal. Dano moral. Necessidade, demais, ainda que não se pudesse falar em dano imaterial, de prevenção de novos atos semelhantes, lesivos ao consumidor. Sentença de improcedência reformada. Ônus de sucumbência. Inversão. Apelação provida. [...] O réu responde por que a espera na fila por tempo superior ao tempo razoável definido pela lei municipal e pelo senso comum causa dano moral, visto por ora – o dano imaterial – apenas como as consequências negativas do ato no espírito ou na psique do ofendido, muito embora, sabe-se, o dano moral não signifique apenas isso, somente um abalo relevante na alma, mas alcance, mesmo sem o padecimento anímico, toda circunstância em que ocorra ofensa a um direito de personalidade. [...] E existe aí um aborrecimento mais do que o normal e do corriqueiro do dia a dia de uma pessoa – há uma aflição relevante [...] algo que afeta de modo relevante a integridade psíquica, a paz de espírito, e nessa medida causa um dano moral, que se pode conceituar como toda ofensa a alguma dimensão da dignidade da pessoa humana, expressa de regra pela lesão a um direito fundamental, como o direito à integridade psicofísica.

Eis que notório, em aliança com os fragmentos do acórdão, que o desperdício de tempo pelo consumidor que fica aguardando em fila na busca por consertar algum problema criado pelo fornecedor gera um custo de oportunidade inveterado que o consumidor contemporâneo não deseja e não merece sofrer. Assim, o caso em tela consegue demonstrar decisivamente que um prejuízo na regularidade cotidiana do ser humano causa um desconforto inimaginável de indenização por dano moral. Entendimento semelhante se vê em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Civil e consumidor. Agravo regimental no recurso especial. Plano de saúde. Cobertura. Recusa injustificada. Dano moral. Indenização. Montante adequado. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, é causa de dano moral indenizável a recusa injustificada da seguradora a cobrir o tratamento de saúde requerido pelo segurado. 2. Tendo a recusa recaído sobre cirurgia bariátrica, mostra-se justa e razoável a indenização fixada em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), considerando a intensidade dos abalos psíquicos sofridos pela consumidora. [...]. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

De acordo com o julgado, é respectivo o o dano moral. Percebe-se que tal conclusão aparece assim por trivialidade porque é perder tempo útil de vida contratar

plano de saúde que fortuitamente se nega de afiançar garantindo o tratamento. Gera uma perda de tempo na vida do consumidor que qualquer indivíduo não quer vivenciar.

A aplicação do dano moral na perda do tempo útil é necessária frente ao desprezo à dignidade da pessoa humana, fazendo com que a mesma espere por hora ou mais de hora em filas de banco ou pelo tempo que, por pequeno que seja, faça-se comprometer sua vida regular. A espera por tempo ilimitado nas linhas de Sistema de Atendimento ao Cliente em busca de atendimentos aptos à resolução do problema, a cobrança indevida de cartões ou outros serviços com prestação inadequada que rebaixam a vida normal do indivíduo trabalhador e quaisquer situações que facilitam a perda do tempo útil têm o atributo de gerar o dano moral pela perda do tempo, pois causa transtorno ao psicológico do cidadão, que precisa, por sua conta, solucionar o problema posto, tendo como consequência a alteração das atividades regularmente desenvolvidas.

Para esse cotejo, leva-se em conta o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*, que Venosa sugere da seguinte forma: "*Não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diurnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino*".

Logo, a reclamação imbuída com o projeto não planeja mediocritizar o dano moral. Quer-se, sim, dar a fiel reparação àquele que perfaz lesado. Objetiva-se compensar o caso concreto com justa reparação, razão pela qual permanece o emprego da prudência, desta vez do assessor jurídico, conforme será visto no projeto declarado a frente – censurando a qualquer tempo a ideia de tabelamento do dano moral. Assim, presta-se o presente artigo de criação da multa para penalizar essa prática de descaso com o tempo, que atualmente se revela de extrema preciosidade, e pelo fato de se tratar de relação do consumidor em que se tem presente a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Em algum lugar que não se sabe ao certo, expostos os requisitos de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, possível a configuração do dano moral e sua indenização. Sem demora, combate-se pela elaboração de projeto de lei para reparar o consumidor, cliente ou usuário dos serviços que se mostram inadequados, mas em que os tribunais interpretam por não garantir a restauração e satisfação do que se entende devido pela norma de defesa ao consumidor. Assim sendo, segue-se o referido projeto de lei simplificado capaz de levar à resolução do problema posto.

Projeto de Lei: Dispõe sobre a multa extrajudicial para compensar o dano moral devido e não reconhecido pelos tribunais por perda do tempo útil do consumidor com desvio produtivo.

Art. 1º Compreendem-se na perda do tempo útil do consumidor com desvio produtivo as atividades decorrentes de relação de consumo, em que há desvio de produção com distanciamento das atividades regulares do consumidor ou quando este não pode dispor do próprio tempo a seu arbítrio.

Art. 2º Compete a quaisquer fornecedores que dão causa ao dano moral por perda do tempo útil à paga de multa no valor de R\$ 2.000, R\$ 4.000 ou R\$ 6.000 ao Poder Executivo local do estabelecimento ofensor, o qual fica incumbido do repasse total destes valores, com eleição do valor devido conforme o caso, para o consumidor.

- 1º A quantia da multa será definida por assessor jurídico do referido Poder Executivo, que a seu juízo analisará o caso e fixará a multa adequada.
- 2º Os valores referidos neste artigo podem ainda se revelar e ser cobrados a maior diante do caso concreto, conforme o alvedrio do que entenderem e acordarem o Chefe do Poder Executivo local e a sua assessoria jurídica, após análise concreta.

Art. 3º A competência de recolhimento das quantias em moeda referidas nesta lei fica condicionado a reclamação do consumidor e a respectiva ofensa aos direitos da personalidade.

Art. 4º Serve este projeto de lei de analogia para aplicação de multa a toda relação ocasionadora de dano moral por perda do tempo útil, especialmente no atraso em filas bancárias.

Desta forma, os casos de aplicação da multa revelam-se quando exagerada ou não a lentidão nos atendimentos na prestação de quaisquer serviços ou demais embaraços na habitual jornada de vida do consumidor com defeitos ou vícios em produtos ou serviços. Diga-se que, quando ocorrer ultrapasses e desgaste na resolução de problemas que distanciam a pessoa de seu planejamento jornalheiro, independentemente do tempo gasto, se na média de 1 a 2 horas ou bem a menor, isto é, havendo inquietação e angústia que fere de maneira íntegra o direito ao tempo, caracterizado está o dano moral. A ambição de sua reparação é devida. Por fim, preencheu-se a falha da reparação com a multa extrajudicial.

Os valores da multa expostos no projeto de lei vêm de forma representativa da realidade, de tal sorte a não possibilitar que o fornecedor, gerador do dano moral por perda de tempo útil, encontrasse brecha em pagar uma pequena porção multa e seguir ferindo o direito ao tempo a que faz jus todo cidadão. Igualmente, foi pensado de acordo com a própria jurisprudência quando medidora do *quantum* devido de acordo com o caso concreto. Assim, a perda de tempo útil, sobretudo o caso concreto, ficará como a máxima que definirá o valor da multa.

Por conseguinte, legítimo e sustentável o uso do dano moral nos casos explanados, posto que perder tempo útil de vida supera mera irritação da pessoa humana, mas por correto atinge seus direitos individuais. Quer-se, ao final, dar a devida exaltação a essa modalidade danosa.

Ao que tudo indica, ferido está o direito personalíssimo do indivíduo, pois nenhum cidadão quer experimentar o popular prejuízo econômico, tampouco deseja ver seu tempo útil, que poderia aproveitar em situações mais vantajosas ao seu talante, desperdiçado, desgarrado sem uma contraprestação cabida, que, desta feita, é o dano moral com caráter compensatório. Dos tipos de dano moral, observa Gonçalves quanto à prova do dano moral frente suas espécies:

[...] o dano moral, salvo nos casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz senhor a prova da perturbação da esfera psíquica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de conjectura absoluta.

Estaca-se que, nas relações contratuais descumpridas com o consumidor, se faz necessário que o cliente faça uso de prova da demora na prestação do serviço.

Não é caso do dano moral por perda de tempo útil, mesmo que não se exija a demonstração do dano experimentado, que é proveniente da antijuricidade da conduta da parte ré. A confirmação pode vir por meio de uma testemunha, do voucher fornecido pelo banco antes do atendimento confrontado com o horário do boleto, saldo ou o extrato da conta expedido e, ainda, de fotografias datadas para ensejar, desde logo, a indenização. No entanto, não se deve deslembrar que a aplicação da inversão do ônus da prova é própria aos casos, uma vez que não se visualiza contrato no tempo de espera em banco, exemplo a todo tempo usado no presente artigo. Tampouco se deve imaginar que a perda de tempo não cause, por si só, achaque no ânimo do consumidor ofendido. Sendo assim, tais provas servem para consolidar a perda de tempo útil com desvio produtivo.

Por último, o dano moral na perda do tempo útil vem sendo adotado na jurisprudência, embora ainda enfrente alguma barreira. É verdade que não há ameados entendimentos que se firmam em conceder o dano moral na perda do tempo útil, eis que há teima na percepção de mero dissabor. Assim, permanece apropriada à ideia do projeto de lei para inclusão, no ordenamento legal, de uma multa administrativa aplicável à perda de tempo à medida que superado o mero desgosto.

Tudo isso, com efeito em minimizar os problemas ao consumidor e fomentar o reconhecimento absoluto dessa modalidade de dano, dado que a reparação será certa, se não pela noção do pedido, sim pela previsão da multa com quantificação

comparada ao valor adequado arbitrado no dano moral. Dessa maneira, suavizam-se também as demandas nessa lógica. É saber que, para além do designo principal da reparação do dano moral a que tiver direito o consumidor pelo insuprível tempo gasto, a multa do projeto se ocupará mais adiante em desafogar o abarrotado Judiciário brasileiro.

4 CONCLUSÃO

Com o presente artigo, expôs-se visualizar com clareza a tendência de aumento das decisões judiciais que tendem a condenar empresas causadoras de danos, a fim de indenizar o consumidor por perda de tempo útil, visando a eficiência e efetividade de uma validação extrajudicial, a multa. O+ destaque a essa modalidade de dano denomina-se “perda de tempo útil”.

Nesse sentido, ressalta-se a importância de dosar minuciosamente o valor da multa, a fim de não dar outra opção, sendo a percepção dos julgadores a compreender o fundamental ajuste do tempo perdido e irrecuperável, que atinge os diferentes direitos das personalidades como também a dignidade da pessoa como ser humano.

O projeto de lei citado tem por função primordial promover a dignidade da pessoa humana, a concretizar a paga devida ao consumidor de modo a compensar em razão da lesão sofrida no íntimo dos seus direitos da personalidade. Sendo assim, buscou-se com o projeto de lei suprir a não aplicação do dano moral que reflete a realidade. Desta forma, é nada mais que a compensação do dano por meio da multa administrativa, de tal sorte a corrigir o entendimento jurisdicional contrário.

Desse modo, o tema em absurdez mostrou a genuinidade e oportunidade da criação do projeto de lei que propõe a multa administrativa, considerando-se que, nos termos propostos, a anuência prevista tem como efeito o pagamento do dano sofrido como artifício ao reconhecimento do dano moral no desvio produtivo do cidadão-consumidor, de maneira a consolidar as decisões favoráveis ao consumidor e realçar o termo perda de tempo útil devido, com efeito posterior a desafogar o Judiciário diante da multa administrativa.

Por último e não menos importante, constatou-se que não haverá espaço para não indenizar o dano moral devido, sendo possível depreender a redução das demandas nesse assunto, visto que restaria mudada a cultura, sem ou a menor violação dos direitos personalíssimos, e não renunciáveis. Determinados os valores que integram a dignidade do indivíduo contemporâneo devem lhe ser assegurados. O tempo é um destes valores, tornando-se fundamental a valorização deste.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** de 1990. São Paulo: Saraiva, 2015.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.210.732/SC, (2010/0155558-9), Relator Luís Felipe Salomão, 2 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1373_STJ_REsp_1.210.732__SC.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg-REsp 1277418/RS, Quarta Turma, Relator Antonio Carlos Ferreira, 2 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1373_STJ_REsp_1.277.418__RS.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Município de Santa Maria. Lei ordinária nº 4.715, de 10 de dezembro de 2013: dispõe sobre o atendimento de cliente em estabelecimento bancário no município de Santa Maria. Disponível em: <<http://www.camara-sm.rs.gov.br/camara/proposicao/pesquisa/0/1/0/1252>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70059514406, Quinta Câmara Cível, Relatora Maria Claudia Cachapus, 8 de abril de 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-70059514406-rs>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70065058000, Quinta Câmara Cível, Relator Jorge Luiz Lopes do Canto, 29 de julho de 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-70065058000-rs>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70069383966, Décima Nona Câmara Cível, Relator Marco Antonio Angelo, 16 de junho de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-70069383966-rs>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Apelação Cível nº 10554130000819001, Décima Terceira Câmara Cível, Relator Alberto Henrique, 30 de julho de 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-10554130000819001-mg>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Recurso Cível nº 71006047476, Segunda Turma Recursal Cível, Relatora Ana Cláudia Cachapuz Silva Raaba, 25 de maio de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/recurso-civel-ac-71006047476-rs>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Recurso Cível nº 71005457684, Segunda Turma Recursal Cível, Relatora Ana Cláudia Cachapuz Silva Raaba,

20 de maio de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/recurso-civel-ac-71005457684-rs>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível nº 1.421.386-4, Décima Câmara Cível, Relator Albino Jacomel Guérios, 20 de maio de 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-1.421.386-4-pr>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

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

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARDIOLO, Ricardo C. **Inadimplemento das obrigações**. Disponível em: <[http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view File/149/485](http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view/File/149/485)>. Acesso em: 24 jul. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral. 7. ed.** rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil. 11. ed.** São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil. 10. ed.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil. 11. ed.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 52.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor de 1990**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, v. IV, 2007. p. 237.

BRASIL. **STJ, REsp 1.210.732/SC**, (2010/0155558-9), Rel. Luís Felipe Salomão, 02.10.2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1373_STJ_REsp_1.210.732_SC.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Município de Santa Maria. Lei ordinária nº 4.715, de 10 de dezembro de 2013: **dispõe sobre o atendimento de cliente em estabelecimento bancário no município**

de Santa Maria. Disponível em: <<http://www.camara-sm.rs.gov.br/camara/proposicao/pesquisa/0/1/0/1252>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Op. cit.**, p. 93.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Op. cit.**, p. 50.

BRASIL. TJRS, AC 70059514406, **5ª C.Cív., Relª Maria Claudia Cachapus**, 08.04.2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-70059514406-rs>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 168.

BRASIL. TJRS, AC 70065058000, 5ª C.Cív., Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, 29.07.2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-70069505800-rs>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral. 7. ed. rev. e ampl.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 39.

BRASIL. TJMG, AC 10554130000819001, **13ª C.Cív., Rel. Alberto Henrique**, 30.07.2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-10554130000819001-mg>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

BRASIL. TJRS, AC 70069383966, 19ª C.Cív., Rel. Marco Antonio Angelo, 16.06.2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-70069383966-rs>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

BRASIL. TJRS, Recurso Cível nº 71006047476, **2ª Turma Recursal Cível, Relª Ana Cláudia Cachapuz Silva Raaba, 25.05.2016.** Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/recurso-civel-ac-71006047476-rs>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

BRASIL. TJRS, **Recurso Cível nº 71005457684, 2ª Turma Recursal Cível, Relª Ana Cláudia Cachapuz Silva Raaba**, 20.05.2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/recurso-civel-ac-71005457684-rs>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 101.

BRASIL. TJPR, AC 1.421.386-4, 10ª C.Cív., Rel. Albino Jacomel Guérios, 20.05.2015.
Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181143085/apelacao-civel-ac-1.421.386-4-pr>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

BRASIL. STJ, Ag Rg-REsp 1277418/RS, 4ª T., Rel. Antonio Carlos Ferreira, 02.06.2016.
Disponível em:
<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1373_STJ_REsp_1.277.418_RS.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 49.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 369.

O PERFIL CRIMINAL E PSICOLÓGICO DO *SERIAL KILLER*

KELLY KRYSTINNY CAVALCANTE DOS SANTOS:

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Faculdade Santo Agostinho.⁶⁰

EDJÔFRE COELHO DE OLIVEIRA⁶¹

(orientador)

RESUMO: Os *Serial Killers* são considerados agentes que praticam no mínimo três homicídios, sendo eles dolosos, em determinado lapso temporal. Um indivíduo pode ser considerado *serial killer* pela literatura e pela psicologia e como a psicologia e o direito pensam na reinserção do indivíduo em sociedade. O presente trabalho tem por objetivo analisar o perfil do *serial killer* na psicologia e no direito, assim como a jurisprudência age nos julgamentos pelos atos cometidos pelo *serial killer* e como o direito e a psicologia pensam na ressocialização do serial na sociedade. A presente pesquisa é sustentada pela abordagem dedutiva. Os estudos abordados foram os de Abdalla-filho 2004, Casoy 2004, Cordeiro e Muribeca 2017, Martins 2021, Nucci 2011, Nunes 2009, os quais versam sobre os transtornos de personalidade. Dessa forma, após análise, é possível constatar que os *seriais killers* são pessoas com distúrbios de personalidades, sejam causados por traumas na infância por conta de abuso de familiares ou pela falta de empatia. No Brasil há uma incerteza quanto à qual protocolo aplicar em casos de indivíduos com esses transtornos, haja vista que não há cura ou garantia de ressocialização.

Palavras-chave: Criminologia; *Serial Killer*; Direito; Psicologia Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa volta-se ao estudo da identificação do perfil de um indivíduo considerado *serial killer* na psicologia, no direito penal e os fatos que desencadearam o comportamento agressivo e homicida, os traumas e a vontade de se vingar da sociedade levando ao cometimento de vários crimes hediondos segundo o código penal.

Dessa forma, a relevância desse estudo para a psicologia no âmbito acadêmico é o indivíduo considerado *serial killer* devido a maus tratos, abusos sexuais ou físicos evoluirá

⁶⁰ e-mail: kellycarvalhosantos03@gmail.com.

⁶¹Especialista em Educação (FAR), Especialista em Língua Portuguesa(UFPA), Mestre em Educação (ULHT, UFMS), Doutorando em Educação (UECE). e-mail: edjofrecoelho@hotmail.com.

para o desencadeamento de um assassino psicótico que poderá ouvir vozes e segui-las ou missionários onde estão livrando o mundo de grupos que o poluem, com isso, a psicologia afirma que não há local onde se coloque esses indivíduos e portanto não tem ressocialização deles, já para o direito penal há umas contravenções sobre indivíduos com esses transtornos pois para cada caso o direito deve buscar a psicologia para identificar se o indivíduo é semi-imputável. Contudo, para a sociedade atual identificar indivíduos considerados *seriais killer* são pessoas com QI acima da média, possuíram um fraco desempenho escolar e irregularidade em empregos, dificuldade em lidar com figuradas de autoridades masculinas devido aos traumas sofridos quando criança.

Assim, eis o problema de pesquisa: Quando um indivíduo pode ser considerado um *serial killer* pela literatura jurídica e psicológica e, após isso, como esse indivíduo pode ser reinserido na sociedade pelas perspectivas tanto jurídica quanto psicológica?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base de pesquisa os livros de Schechter (2016), Telfer (2019), Casoy (2004), Schechter (2019), Vaugh; Howard (2005), Morana et al (2006), Cordeiro e Muribeca (2017), Abdalla-filho (2004b); Nunes, (2009), Souza (2015), artigos científicos, doutrinas e documentos, com abordagem dedutiva que parte da generalização e quer confirmá-la na particularidade (ESTRELA,2020). O presente estudo será desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica que é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos (GIL,2002).

Os objetivos dessa pesquisa são: identificar e relatar o perfil de um *serial killer* de acordo com a literatura jurídica e psicológica; compreender como a jurisprudência trata casos de julgamento a atos praticados por *serial killer*. analisar e descrever como a psicologia e direito pensam a reinserção de um *serial killer* na sociedade.

A motivação da temática desse projeto foi que na sociedade atual tem muitas pessoas que são leigos no assunto não compreendem como um indivíduo pode ser considerado *serial killer* e como identificar por sua personalidade, modos de agir e as vezes até seu comportamento em sociedade.

Inicialmente, foi abordado o conceito de *serial killer*. No segundo capítulo, é explicitado o perfil do *serial killer* segundo a criminologia. Para o terceiro capítulo, foi realizada uma identificação dos aspectos psicológicos que definem o *serial killer*. Já no quarto capítulo, realizou-se uma necessária distinção entre o psicopata e o *serial killer*. Por fim, realizou-se uma discussão acerca da imputabilidade desses indivíduos no ordenamento jurídico brasileiro.

2 O CONCEITO DO SERIAL KILLER

A expressão *serial killer* surgiu no ano de 1970, sendo referenciada originalmente por Robert Ressler, fundador da Unidade de Ciência Comportamental e membro do Federal Bureau of Investigation (FBI), após assistir a uma palestra na qual usava-se o termo “crimes em série” para categorizar a violência ocorrida de modo recorrente. Com isso, ele passou a usar o termo para definir o comportamento dos indivíduos que praticam homicídio de forma continuada⁶².

De acordo com o FBI os assassinos seriais referir-se a sujeitos que exterminam em maior número indivíduos num intervalo de tempo. O serial determina suas vítimas à toa e são mortas em vão. Ele não identifica a vítima, uma vez que é um instrumento que serve para atender sua imaginação e para praticar seu domínio sobre outro ser humano (CASOY, 2014).

Casoy (2014) traz quatro categorias de *seriais killers*: Visionário: um indivíduo insano, psicótico que sofre com alucinações ou tem visões; Missionário: acredita ter uma missão de livrar o mundo daquilo que considera imoral; esse *serial killer* define e direciona seus atos a um grupo ou minoria vulnerável, como prostitutas, homossexuais, pessoas de determinadas religiões, ou classes sociais, ou etnias. Emotivos: matam por diversão; esses indivíduos sentem prazer em matar e utilizam-se de requisitos sádicos e cruéis. Já os libertinos, são os assassinos com perversões sexuais, seu prazer é diretamente ligado ao sofrimento da vítima, seu *modus operandi* inclui tortura, canibalismo e necrofilia fazem parte desse grupo (CASOY, 2014).

Os *seriais killers* também podem ser divididos em organizados e desorganizados (RÂMILA,2012, p.61). Enquanto os primeiros são altamente inteligentes, aparentam estabilidade e sociáveis com as pessoas, não se importam com o bem-estar de ninguém. São indivíduos que compreendem o ato que estão cometendo e tem um sentimento de satisfação ao cometê-lo. Com isso, são altamente inteligentes ao cometer seus crimes longe de onde vive e empenham-se em encobrir seus crimes; os segundos não seguem um padrão específico de comportamento, não são artificiosos para planejar o crime, pois são isolados da sociedade e muitas vezes eles cometem esses atos perto de casa ou do trabalho onde se sentem confortável (Douglas; Olshaker,2002).

O *serial killer* seleciona fortuitamente ou motivo inesperado a vítima que ele tem tido nas suas fantasias. Esse indivíduo tem urgência de capturar, comandar e conter a vítima. E após a vítima morrer esse indivíduo passa um tempo revivendo o crime e quando

⁶² Quem foi Robert K. Ressler, o agente do FBI que entrou na mente dos serial killers. Disponível em: <<https://darkside.blog.br/quem-robert-ressler-agente-fbi/>>. Acesso em: 12 maio. 2022.

não tem, mas o efeito desejado, ele busca outra vítima e continua esses crimes até seres mortos ou capturados. As vítimas são instrumento de fantasias desses indivíduos e após o ato, ele sente repulsa pelas mesmas (CASOY, 2014).

Embora sejam minoria, é importante ressaltar a existência de *seriais killers* femininas como Elizabeth Báthory, NannieDoss, Raya e Sakina são viúvas negras ou anjos da morte (TELFER, 2019). As mulheres consideradas viúvas negras são as que matam seus maridos pois buscam um amor verdadeiro e os que ela acaba se casando são pessoas diferentes da que queria e resulta em sua morte, já as mulheres anjos da morte elas matavam afirmando que estava livrando o paciente e a família do sofrimento.

Na mídia há uma via de mão dupla na representação desses indivíduos; quando não descritos de forma estereotipadamente como a personificação do próprio mal, são extremamente romantizados. No entanto, eles podem se apresentar como pessoas ordinárias, empregados, com família constituída, e são extremamente atraentes e charmosos (CASOY,2004).

Adolf Hitler foi líder do partido nazista e matou pelo menos 6 milhões de judeus por considerar eles sub-humanos e indesejáveis, sendo um *serial killer* pelo tanto de vítimas e pelas características que o aproximam de um assassino em série missionário⁶³. Elizabeth Báthory cometeu vários crimes hediondos e cruéis a moças de um vilarejo. Como por exemplo: fazer a criada andar nua na neve e jogar água, dar alfinetadas nas partes mais sensíveis do corpo. Jack, estripador, suas vítimas eram prostitutas no local mais pobre de Londres, ele cortava suas gargantas e fazia cortes abdominais, foram um total de 11 vítimas cada vítima de torturada e morta de forma diferente. Pedro Rodrigues matou mais de cem pessoas, com faca e quebrando o pescoço por se achar um vingador, por matar aqueles considerados o pior da sociedade.

3 O PERFIL CRIMINAL DO SERIAL KILLER

O perfil criminal do *serial killer* ao ser examinado pela polícia, será aplicado a criminologia nas cenas dos crimes para expor o assassino, pois essa metodologia mostra como o *serial killer* mata suas vítimas e de que modo ele escolhe o local da desova. Os especialistas que realizam esses perfis usam de uma metodologia em saberes sociológicos

⁶³ SILVA, D. N. **Adolf Hitler**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/adolf-hitler.htm>>. Acesso em: 13 maio. 2022.

e psicológicos (CASOY,2004). A ciência forense é aplicada bastante pelo EUA para ajudar no desvendamento de casos de crime⁶⁴.

O *serial killer* impressiona pela sua forma de matar, os motivos, a frieza que esse assassino tem ao capturar a vítima até o momento de desovar seu corpo, pois ele tem um longo tempo para desvalorizar a vítima e muitos deles não sentem o controle até o momento que mata a vítima e fazer o que quiserem com seus corpos. Convém ressaltar que para o direito há diferença entre assassino em massa e *serial killer*, pois assassino em massa mata quatro ou mais pessoas num mesmo local, em um determinado período de tempo e são pessoas desorganizadas que muitas vezes são mortos pela polícia ou morrem na cena do crime⁶⁵.

Para SCHAUN (2019) no direito penal os *seriais killers* cometem o crime contra a vida, que está previsto no artigo 121 do Código Penal. Nesse caso, o assassino será o sujeito ativo (que comete o delito) enquanto a vítima será sujeito passivo (titular do bem jurídico protegido pela lei). De acordo com Carmignani (apud Hungria,1979) assassinato é ação de matar alguém cruelmente e injustamente.

O *serial killer* ao realizar o delito de assassinato em série, transformar-se em sujeito ativo, necessitando a demonstração de vontade e existindo resultado, bem como conexão entre ambos⁶⁶. O *serial* ao refletir, fica fantasiando o crime; na elaboração ele realiza ações do fato, e no andamento efetua o tipo jurídico, e por última mata a vítima, como é possível notar pela jurisprudência a seguir:

O interessado foi pronunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 121, § 2º, I e IV do Código Penal, sendo atribuído a ele o título de serial killer da Baixada Fluminense. Em consonância com o disposto no art. 479, do CPP, o Ministério Público requereu ao juízo singular a juntada aos autos das declarações prestadas por

64 Criminoso conhecido como “serial killer do DF” pode não ser um serial killer; entenda - 18/06/2021 - Cotidiano - Folha. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/06/fugitivo-conhecido-como-serial-killer-do-df-pode-nao-ser-um-serial-killer-entenda.shtml>>. Acesso em: 13 maio. 2022.

65 SOUSA, PEDRO. Por que amamos odiar assassinos? - Jornalismo Júnior. Disponível em: <<http://jornalismojunior.com.br/por-que-amamos-odiar-assassinos/>>. Acesso em: 13 maio. 2022.

66 DOS SANTOS PEREIRA, A. A aplicabilidade da lei penal aos serial killers brasileiros: aspectos jurídicos do assassinato em série - Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51629/a-aplicabilidade-da-lei-penal-aos-serial-killers-brasileiros-aspectos-juridicos-do-assassinato-em-serie>>. Acesso em: 14 maio. 2022.

outras duas vítimas do ora interessado em ações penais distintas, em que ele responde por crimes análogos cometidos com o mesmo modus operandi. O juízo a quo, todavia, indeferiu o requerimento ministerial ao argumento da imprestabilidade de utilização daquelas provas no bojo da ação penal. De fato, tais declarações, isoladas, não podem supedanear de per si a expedição de um juízo de condenação, pois como “prova emprestada” possuem valor indiciário. No entanto, mesmo os elementos informativos colhidos sem contraditório ou ampla defesa, à semelhança do que acontece no inquérito policial, desde que não valorados com exclusividade, mas em sintonia com os demais elementos de prova, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal, podem ser utilizados pelo Magistrado para formar o seu convencimento (STJ HC 258.786/SC, AgRg no AREsp 848.997/SP, RHC 28.867/MG). Decisão atacada que subverte a ordem processual e desafia o princípio da paridade de armas. RECLAMAÇÃO CONHECIDA E ACOLHIDA para, consolidando a liminar já deferida por esta relatoria, manter o encarte das referidas provas emprestadas, pleiteadas pelo MP, nos termos do voto do Desembargador relator.

(TJ-RJ-COR 0031878-45.2017.8.19.0000 RIO DE JANEIRO NOVA IGUACU 4 VARA CRIMINAL RELATOR:GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA,DATA DE JULGAMENTO:08-11-2017,OITAVA CAMARA CRIMINAL,DATA DE PUBLICACAO:10-11-2017).

Dessa forma, fazer o perfil de um criminoso como o *serial killer* é totalmente difícil pois o motivo é desconhecido, pois é extremamente complexo entender a lógica e a motivação dos seus atos. Para entender a cabeça de um *serial killer* deve saber que ele já viveu aquele crime diversas vezes nas suas fantasias antes de fazer com uma vítima real⁶⁷.

O FBI sozinho apura fatos que acontecem em propriedade federal ou então em reservas indígenas, eles são convocados em situações que já acabaram suas alternativas e permitem criar o perfil do criminoso. O VICAP é um banco de informações criminal que indica os assassinatos não resolvidos na nação e é essencial para o FBI (casoy,2004).

67 GUIMARÃES, Rafael. **O PERFIL PSICOLÓGICO DOS ASSASSINOS EM SÉRIE E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**. Disponível em: <<http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/espc/edicao-2-artigo-5>>. Acesso em: 14 maio. 2022.

O retrato do sanguinário realizado através de um psiquiatra auxilia a localizar o *serial killer*, pois de acordo com Ronald M. Holdes a descrição psicológica só é em hipóteses que o bandido é misterioso e apresenta ações violentas⁶⁸(CASOY *apud* Ronald, 2008).

O FBI possui seis etapas para examinar um local de perversidade: Matéria prima para o perfil: reunir e analisar todos os objetos e elementos associado com o fato. Exemplo: cópia da cena do crime, o tipo de vítima e seu histórico, os relatórios da autópsia da vítima. Processo de decisão: determina a quantidade de vítimas já foram mortas, qual perigo a vítima corre, o perigo do delinquente capturá-la e o período que a vítima tem antes de ser morta. Avaliação do crime: o refazimento da conduta da vítima e do indivíduo, nesse momento o policial tem que envolver-se na cabeça do assassino. Perfil criminal: antecedentes médicos do indivíduo, a história do indivíduo para compreender o que o guiou a consumir a infração. Investigação: a descrição é mandada para outras delegacias para procurarem o delinquente que se enquadra no perfil. Prisão: o delinquente é possível ser preso ou não, pois a descrição é as características de um suspeito (CASOY,2004).

A descrição do criminoso processar-se por dois estudos o dedutivo e o indutivo, o primeiro precisa de vestígio, prova ao passo que o outro é um desenvolvimento estatísticos. A polícia examina o amontoado de crimes que cerca o mesmo perfil de vítimas (GIROD,2004).

Conforme CASOY (2004) modo de operação é a contemplação do armamento que encaminhou a infração, o modelo de sacrificado e a área definido. Conforme Newton (2006) há três espécies de modo de operação, os andantes que não contêm endereço definido, razão pelo qual é árduo sua apreensão; já os territoriais definem uma categoria própria para o ato. Quanto aos estáveis seu ato tem normalmente uma área definida.

Há uma dificuldade entre a assinatura e modo de operação, pois o primeiro o delinquente desempenha sua imaginação e não muda, ao passo que o segundo é o que o delinquente realiza para consumir o crime e pode mudar. Já o modo de operação corresponderá selecionar o sofrente, tortura e encobre o cadáver, posteriormente a assinatura será depois que a vítima está morta, geralmente se traduz na forma de torturas, ferimentos, mutilações pós-morte (CASOY,2004).

O lugar que o delinquente determina quer dizer alguma coisa para ele, porque ele de maneira nenhuma estruparia ou mataria o sofredor em áreas conhecidas visto que é acontecimento de controle. Na hipótese de delitos que existam em uma local é muito

68 Ronald M. Holmes, professor de administração de justiça na Universidade de Luisville, Ky.

plausível que ele conviva ou trabalhe na vizinhança no qual os sofrendores estiveram mortos. É provável obter vestígios nas primeiras infrações visto que está iniciando do que posteriormente visto que é possível aprimorar-se ou torna-se mais impetuoso e descontrolado, contudo, sua assinatura não modifica, ela é capaz de aperfeiçoar para desorientar os detetives (CASOY,2004).

As propriedades e traços do sacrificado é capaz de auxiliar visto que seus atributos são capazes de especificar a descrição do delinquente, caso ela tenha sido transportada prova que ele é extraordinariamente resistente e atlético, se por acaso o cadáver foi largado bastante afastado é capaz que ele disponha de ajuda, ainda tem o episódio de se camuflar para seduzir a vítima para acompanhá-lo ou conseqüentemente conhecia ou confiava (CASOY,2004). Temos várias jurisprudências onde se ver homicídio, vítimas, acusação de ser um suposto *serial killer* que sofre de transtorno antissocial de personalidade e que apresenta plena capacidade de entendimento e autodeterminação, como é possível notar pela jurisprudência a seguir:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DUAS VÍTIMAS. ACUSAÇÃO DE SER O SUPOSTO AUTOR UM SERIAL KILLER. TRANSTORNO ANTISSOCIAL DE PERSONALIDADE. PERÍCIA. INIMPUTABILIDADE NÃO RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA AFASTADA. PRONÚNCIA MANTIDA. QUALIFICADORAS PRESERVADAS. 1 - O Réu, segundo a conclusão da perícia médica, é portador de transtorno antissocial de personalidade que corresponde a uma perturbação a sua saúde mental, porém apresenta plena capacidade de entendimento e autodeterminação. 2 - Comprovada a existência material do crime de homicídio e de indícios suficientes da autoria, tanto bastante ao juízo de admissibilidade da acusação, impõe-se seja mantida a pronúncia. 3 - Há fortes indícios de que o acusado teria agido por motivação torpe, apontada pelo desejo de eliminar vidas humanas pelo simples fato de estar "tomado por uma raiva tremenda, emoção esta que lhe fazia acreditar que ele precisava matar". RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJ-GO - RSE: 03040795820158090175 GOIANIA, Relator: DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 14/06/2016, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2057 de 29/06/2016)

Na jurisprudência acima afirma que hoje um homicídio duplamente qualificado onde o réu foi considerado *serial killer*, apresentando transtorno antissocial de personalidade, mas ele apresenta capacidade de entendimento do fato que cometeu contra seres humanos por motivo torpe, movido por uma raiva e um sentimento que precisava matar.

4 O PERFIL PSICOLÓGICO DO SERIAL KILLER

De acordo com (CASOY,2004) o *serial* possui mudança de identidade e que o mundo ao seu redor é irreal, portanto essa imaginação é extrema. A imaginação trabalha a mudança de sua identidade, criando um afastamento da conduta delituosa e o indivíduo delinquente e o controle de seu comportamento; sem isso, seria capaz de ser capturado pelas autoridades capacitados. Portanto o delinquente enxerga que sua conduta precisa ser moderada pois compreende não ser acolhida pela comunidade.

A caracterização de duas camadas no inconsciente. Temos que distinguir o inconsciente pessoal do inconsciente impessoal ou suprapessoal. Chamamos este último de inconsciente coletivo, porque é desligado do inconsciente pessoal e por ser totalmente universal; e também porque seus conteúdos podem ser encontrados em toda parte, o que obviamente não é o caso dos conteúdos pessoais. O inconsciente pessoal contém lembranças perdidas, reprimidas (propositalmente esquecidas), evocações dolorosas, percepções que, por assim dizer, não ultrapassaram o limiar da consciência (subliminais), isto é, percepções dos sentidos que por falta de intensidade não atingiram a consciência e conteúdo que ainda não amadureceram para a consciência. Corresponde à figura da sombra, que frequentemente aparece nos sonhos. (JUNG, 1980, p. 59).

De acordo com (CASOY,2004) os dois tipos de comportamento são observados em *serials killers* pois alguns deles são isolados ou sofreram algum trauma na infância, esta, mas associado ao introvertido. Conforme John Douglas (2017) a maioria dos *serial killers* são solitários, observadores e retraídos quando se fala em indivíduos desorganizados⁶⁹.

⁶⁹ WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. **John E. Douglas**. Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=John_E._Douglas&oldid=58470871>.

A palavra psicopatia vem do grego a partir do século 19 para as doenças mentais⁷⁰. A particularidade é um tanto inquietante para o *serial killer* uma vez que alguns deles antissociais. O que esse indivíduo realiza com o sofrimento quando se encontra em seu controle é a conclusão de sua intimidade seja por abuso sexual ou por tortura. A particularidade está em experimentar desconhecidas vontades e sensações pessoais. O psicopata não é indivíduo demente legalmente eles têm consciência do certo e errado, são charmosos e muitas vezes altamente inteligentes e calculistas⁷¹.

Para um indivíduo ser considerado um *serial killer* pela literatura jurídica e psicológica no mundo precisa ter matado de 2 a 3 vítimas, ser divididos em três espécies: os mentalmente normais, os doentes mentais e os fronteiricos e o comportamento de um serial é definido na esfera da Psicologia e Medicina Legal como um Transtorno de Personalidade Antissocial⁷².

Schechter (2019) define o psicopata como uma pessoa com um transtorno mental grave, a psicose, caracterizada por um significativo grau de deterioração da personalidade e que muitos deles sofrem em um lar destrutivo e abusador. Há alguns casos em que o *serial killer* tem falta de empatia a incapacidade de amar, de se importar com alguém e de sentir pena de qualquer outra pessoa. Além de si mesmo, para eles, os outros são meros objetos a serem utilizados e manipulados para seu maior prazer.

Parafaseando Pentead (2021) tem que se levar em importância que nem todas as pessoas psicopatas é um criminoso cruel, considerando que isso é proporcionado pela alienação que a imprensa proporciona ao telespectador, transmitindo uma ideia de um indivíduo cruel de dupla personalidade e até mesmo indivíduos sem misericórdia ou empatia.

Cleckley listou 16 perfis e aspectos para constituir a representação de uma pessoa psicopata, por meio da formação de uma imagem clínica meticulosa do quadro da psicopatia, como boa inteligência, falta de remorso, vida sexual impessoal (VAUGH; HOWARD, 2005). E a maioria desses indivíduos cruéis tem esses 16 traços até hoje.

70 NUNES, L. M. Sobre a psicopatia e sua avaliação. **Arquivos brasileiros de psicologia**, v. 63, n. 2, p. 39–48, 2011.

71 Disponível em: <<https://henriquesoaresribasximenes1233.jusbrasil.com.br/artigos/1347117254/serial-killer>>. Acesso em: 14 may. 2022.

72 GUIMARÃES, Rafael. **O PERFIL PSICOLÓGICO DOS ASSASSINOS EM SÉRIE E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**. Disponível em: <<http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/espc/edicao-2-artigo-5>>. Acesso em: 14 may. 2022.

Conforme Morana *et al* (2006) os problemas de personalidade não são capazes de ser determinados como enfermidades, mas sim, irregularidades que se dão no passar do progresso psíquico, sendo conceituado pela psiquiatria forense, como problema mental. Distúrbio de personalidade incomodam de forma desordenada a ação e a sensibilidade da integração do impulso, dos comportamentos, das ações e práticas, exposto nos relacionamentos interpessoais.

Cordeiro e Muribeca (2017) declara que, para que uma pessoa seja determinada como um serial killer, será indispensável o motivo da consumação da infração e ela deve ser evidente, no qual a maior parte é propriedade psicológico, quer dizer, que é da imaginação e das secretas vontades do ofensor, onde é considerado como algo insensato para outros seres humanos.

Anexada nessa circunstância o caráter psicopata, consegue abordar uma pessoa tendencioso em consumação de condutas criminosas (ABDALLA-FILHO, 2004b). No entanto, é necessário levar em atenção que nem toda pessoa que apresenta diagnóstico de desordem antissocial da personalidade realiza, obrigatoriamente e absolutamente, infração de homicídio (ABDALLA-FILHO, 2004b; NUNES, 2009).

Casoy (2004) explica que os indivíduos considerados psicopatas podem ser predadores, pois usam charme para captura suas vítimas ou ter controle sobre aquela pessoa usando de intimidação, com isso, essas pessoas pegam aquilo que querem infringindo a leis sem arrependimento. Desse modo, são traços da personalidade do assassino não conter piedade, arrependimento ou qualquer tristeza pelo fato cometido, que viole a existência de outra pessoa, além de sentir precisão de cometer infração de homicídio de forma contínua.

A tríade Macdonald é a tríade do homicida, onde essa tríade está relacionada com crueldade com os animais, a de atear fogos nas coisas e o enurese que persiste em adolescentes até adultos. Muitos dos seriais escolhem como vítimas mulheres pois as vezes essa mulher é parecida com sua mãe que o abandonou, que abusou na infância e esse assassino busca vítimas com suas aparências físicas pois para ele está se vigando de sua mãe ou ex-namorada, um pai abusador, um amigo que o abandonou quando mas precisava, então são muitos fatores que leva um serial virar um assassino cruel⁷³.

73 WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. **Tríade MacDonald**. Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Tr%C3%ADade_MacDonald&oldid=62204970>.

A psicopatia é um estado mental patológico um desvio de caráter, esse desvio acontece muitas vezes na infância e nessa fase as crianças apresentam falta de empatia são crianças sem um pingão de remorsos que gostam de violência, ver pessoas sofrendo. Nas épocas antigas era consideradas crianças com essa anomalia guerreiros muitos bons, pois eles eram sanguinários nos campos de batalhas sem um pingão de piedade por seu inimigo, muitas vezes eram temidos por seus inimigos por conta de seu jeito nas lutas nas batalhas. Essa anomalia tinha um agravamento no serial que faz com que a sociedade não o queira por perto, pois ele se torna uma ameaça e seus transtornos revela que tem uma facilidade de manipular de violência de mentir com facilidade e uma forma muito boa de controlar quem quiser⁷⁴.

Ilana Casoy (2014) afirma que *serial killer* são indivíduos cruéis que matam várias vítimas num intervalo de tempo. Esses indivíduos matam suas vítimas que são parte de suas fantasias, pela sua explosão de violência que em sua mente ameaçaram ou rejeitaram num surto psicótico (SOUZA,2015). Ilana Casoy afirma essa tese, como podemos ver a seguir:

Na infância, nenhum aspecto isolado define a criança como um serial killer em potencial, mas a chamada "terrível tríade" parece estar presente no histórico de todos os serial killers: enurese em idade avançada, abuso sádico de animais ou de outras crianças, destruição de propriedade e piromania. Outras características comuns na infância desses indivíduos são: devaneios diurnos, masturbação compulsiva, isolamento social, mentiras crônicas, rebeldia, pesadelos constantes, roubos, baixa autoestima, acessos de raiva exagerados, problemas relativos ao sono, fobias, fugas, propensão a acidentes, dores de cabeça constantes, possessividade destrutiva, problemas alimentares, convulsões e automutilações, todas elas relatadas pelos próprios serial killers em entrevistas com especialistas. (CASOY, 2004. p. 17).

⁷⁴ **Psicopatia e suas principais características.** Disponível em: <<https://zenklub.com.br/blog/saude-bem-estar/psicopatia/>>. Acesso em: 14 may. 2022.

A imaginação do assassino cruel é capaz de ser incompreensível e imprescindível na qual a infração é a execução dessa imaginação, sendo organizada e realizado, com isso, a vítima é apenas uma parte dessa imaginação⁷⁵.

5 PSICOPATA VERSUS SERIAL KILLER

Os insanos aparentam muito bem a efetividade pois eles não detêm, é uma encenação onde finge ter no lugar que está com as pessoas para não duvidarem, as pessoas são instrumento para esse indivíduo, uma vez que usa e as descarta, dessa forma não sente arrependimento nem culpa. Eles são mestres em iludir e inventar, acham que em nenhum momento vão ser capturados, e se orgulha quando são capturados, não mostram vergonha nem embaraço⁷⁶.

Esse indivíduo não tem limite, passam por cima de qualquer coisa tem total ciência do que estão fazendo. Esses indivíduos não são doidos, pois doidos são aqueles que não tem nenhuma conexão com a realidade, são muito centralizados, não enlouquecem nunca pois não se colocam no lugar do outro. Em muitos estudos já foram constatadas, mas ainda há controvérsias se algumas pessoas nascem com a tendência para ser psicopata ou se desenvolvem, mas tudo depende do grau de evolução dela⁷⁷.

De acordo com a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, o psicopata tem discernimento do certo e errado. Esse indivíduo sabe que infringe a lei, contudo não se importa com isso ele calcula os danos que pode causar a alguém vítima sua. Ela acredita que esses indivíduos podem ser leve, mediu e grave. Assim, os primeiros dão golpes já os outros matam pois são cruéis e sentem prazer com a dor que estão fazendo⁷⁸. A psicose não possui cura assim como o assassino *serial*, estes indivíduos criminosos não dispõem de ressocialização.

75 DA SILVA BORGES, T. **O psicopata sob a égide da psicologia jurídica - Jus.com.br**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44176/o-psicopata-sob-a-egide-da-psicologia-juridica>>. Acesso em: 14 may. 2022.

76 Morana, Hilda. **PSICOPATIA POR UM ESPECIALISTA**. Disponível em: <<https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>>. Acesso em: 14 may. 2022.

77 PEREIRA, L. **O SERIAL KILLER E O PSICOPATA**. Disponível em: <http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/SVz2AtUnIU1Soee_2020-7-23-17-42-34.pdf>. Acesso em: 14 may. 2022.

78 Silveira, Caroline. **A psicopatia no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-psicopatia-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 14 may. 2022.

6 IMPUTABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A questão do *serial killer* no âmbito do direito penal é permeada por controvérsias, pois esses indivíduos podem ser tanto imputáveis como inimputáveis. Contudo, para o direito penal imputabilidade é a condição de colocar a responsabilidade ilícita em alguém. Ou seja, é um indivíduo que pode responder pelos seus atos ilícitos e ser condenado pelo direito penal⁷⁹.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o *serial killer* nem sempre é acometido por problemas mentais, ou seja, esse indivíduo sabe que está cometendo ações ilícitas, com isso, cabe culpabilidade mesmo sendo semi-imputável, assim a imputabilidade é quando o indivíduo é incapaz de responder por seus crimes, ou seja, esse indivíduo não entende que sua conduta foi ilícita⁸⁰.

O paciente obrigado a cumprir medida de segurança por ter personalidade psicopática perigosa, não pode obter liberdade vigiada, muito embora, por ausência assistencial, continue na cadeia pública. (STF:RELATOR MINS.CANDIDO MOTTA, DATA DE JULGAMENTO:01-01-1970, TRIBUNAL PLENO, DATA DE PUBLICAÇÃO:05-05-1965).

Quanto ao recolhimento de indivíduos classificados como assassinos em série, é necessário salientar que para cada caso há uma necessidade diferente. Nos casos em que for constatada a inimputabilidade, a convivência com presos comuns é inviável; pois devido à sua condição, os *serial killers* devem permanecer em instituições que forneçam tratamento adequado. Diferentemente é no tocante aos semi-imputáveis, onde o juiz deverá diminuir a pena e internar esse sujeito para ser tratado, já se for imputável ele cumprirá a pena normalmente numa prisão⁸¹. A culpabilidade do agente é definida como

79 PIRES, S. L. A. **DEFINIÇÃO DA ESPÉCIE DE SANÇÃO PENAL APLICÁVEL AO SERIAL KILLER: PRISÃO OU TRATAMENTO?** Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/definicao-especie-sancao-penal-aplicavel-ao-serial-killer-prisao-ou-tratamento.htm>>. Acesso em: 15 may. 2022.

80 Ohana, Bruna. Disponível em: <<https://brunaohanasb.jusbrasil.com.br/artigos/750046255/um-estudo-acerca-da-imputabilidade-penal-dos-serial-killers-na-concepcao-da-lei-brasileira>>. Acesso em: 15 may. 2022.

81 ÉRIKA, B. et al. **A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA “SERIAL KILLER” À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.** Disponível em: <<https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/download/766/756>>. Acesso em: 15 may. 2022.

juízo de reprovação pessoal que é realizada sobre a conduta ilícita ou típica. A conduta pode ser comissiva, omissiva, culposa ou dolosa⁸².

A "imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão à agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. Constitui, como se sabe, um dos elementos da culpabilidade"(Nucci,2018, p.730).

A responsabilidade penal de um *serial killer* pode ser classificada semi-imputável, imputável ou inimputável. Quanto às medidas de segurança, há duas correntes. A primeira é a do STF, a qual defende que combinada deve obedecer ao prazo específico e máximo de 30 anos, fazendo uma analogia ao artigo 75, do Código Penal e considerando que a Constituição Federal de 1988 veda penas de caráter perpétuo⁸³. A segunda corrente é a da súmula 527 do STJ, que toma como base os princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade, onde é vedada a duração da ms ultrapassar o limite máximo da pena indicada na lei combinada ao delito praticado⁸⁴.

A medida de segurança é a mas usada, pois, porque desta forma emerge a possibilidade de soltura, vez que a lei prevê em caso de aplicação da medida de segurança que se realize anualmente o exame de cessação de periculosidade⁸⁵.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo que foi exposto, o presente trabalho buscou identificar e compreender o perfil do *serial killer* de forma objetiva, onde de certo modo, está ligado a psicologia e a literatura jurídica, pois elas dizem a causa que levam esses indivíduos a praticar crimes com tanta crueldade.

82 DE CASTRO, M. B. **O que é culpabilidade?** - Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23766/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 15 may. 2022.

83 PORTELA, T. L. G. **Imputabilidade do assassino em série** - Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25256/a-imputabilidade-do-assassino-em-serie-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 15 may. 2022.

84 Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/699637409/sumula-527-do-stj-anotada-medida-de-seguranca>>. Acesso em: 15 maio. 2022.

85 Clelia, Ana. **Medida de segurança: princípios e aplicação**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8536/Medida-de-seguranca-principios-e-aplicacao>>. Acesso em: 15 may. 2022.

É de muita importância dizer que nem todo *serial killer* é psicopata pois o *serial killer* ele mata de três a mais pessoas e ele demora para escolher uma vítima, pois é uma pessoa que lembre de algum agressor que o machucou na infância, já o psicopata ele é habilidoso sabe o que faz, sabe trapacear a lei.

Nota-se que os traumas e abusos sofridos durante a infância trouxeram na personalidade do *serial killer*, pois com os abusos físicos, sexual e emocional influenciaram no desenvolvimento de um criminoso sem piedade e cruel.

Este estudo era pra relatar o perfil do *serial killer*, compreender como o direito penal lida com os atos dessa pessoa e se seria possível sua reinserção na sociedade, ou seja, entrar na mente de um *serial killer*, mas através do estudo podemos notar que esses indivíduos são cautelosos, cuidadosos sabem o que estão fazendo. com isso, podemos ver que são pessoas normais que levam uma vida dupla onde ninguém desconfiaria dessa pessoa e que conseguiria atrair suas vítimas por não ser uma ameaça e deve ser analisado cada caso com cautela pois cada um é diferente e busca fama dos crimes que cometeu.

Por fim, ao reparamos no direito temos várias jurisprudência onde veremos um homicídios duplamente qualificado, duas vítimas, acusação de ser um suposto *serial killer* que sofre de transtorno antissocial de personalidade e que apresenta plena capacidade de entendimento e autodeterminação como diz os médicos e como nesse estudo está escrito mas para o direito penal a ressocialização entre os doutrinadores “é controverso pois eles podem ser imputável, inimputável ou semi-imputável mas já na psicologia não há dúvidas de que esses indivíduos não podem ser reinseridos na sociedade e que são irrecuperáveis, pois cometem os crimes novamente.

REFERÊNCIAS

ABDALLA-Filho, E. **Transtornos da personalidade**: Psiquiatria Forense. 2 ed. São Paulo: Artmed, 2004.

BARBOSA, A. **Psicopatas não sentem compaixão**. Disponível em:

<<http://psicopatass.blogspot.com.br/2009/09/ana-beatriz-barbosaconsultora-de.html>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

CASOY, I. **Serial Killer**: Louco Ou Cruel? 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

CORDEIRO, C. MURIBECA, M. **Assassinos em série**: da necessidade de uma política criminal para os psicopatas. 2 ed. João Pessoa, 2017.

Douglas, John. Olshaker, Mark. **Mentes criminosas e crimes assustadores**. 3 ed. Rio de Janeiro, 2002.

DOUGLAS, John. Olshaker, Mark. **Mind Hunter**. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca.

GIROD, R. J. (2004). *Profiling the criminal mind: Behavioral science and criminal investigative analysis*. Lincoln, NE: Universe, Inc.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JUNG, C.G. **psicologia do inconsciente**. Tradução Maria Luiza appy. Petropolis, Editora Vozes, 1980.

MARTINS, E. **Psicologia: identidade profissional e compromisso social**. 2 ed. Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

MORANA, H. C. P; STONE, M. H; FILHO, E. A. **Transtornos de personalidade: psicopatia e serial killers**. 2 ed. São Paulo, 2006.

NEWTON, M. **The Encyclopedia of Serial Killer**. Second Edition. Ed. Checkmark Books, 2006.

NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: forense, 2018.

NUNES, M. **Crime: psicopatia, sociopatia e personalidade antissocial**. Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009.

NUNES, L. M. **Crime: Psicopatia, Sociopatia e Personalidade antissocial**. Revista da faculdade de ciências humanas e sociais. v. 6, p. 152 – 161, 2009.

RÂMILA, J. **Predadores humanos: o obscuro universo dos assassinos em série**. São Paulo: Madras, 2012.

SCHAUN, M. **Código penal comentado: doutrina e jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Barueri, 2019.

SCHECHTER, H. **Serial Killers: Anatomia do Mal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Darkside Books 2019.

SCHECHTER, H. **Serial Killers: anatomia do mal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2016.

SOUZA, K. **Serial killers: prisão ou tratamento?** 2ª ed. Porto alegre: 2015.

TELFER, T. **Lady killers: ASSASSINAS EM SERIE**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2019.

VAUGH, M.G., & Howard, M.O. **The construct of psychopathy and its potential contribution to the study of serious, violent, and chronic youth offending**. Youth Violence and Juvenile Justice, 3ª ed. 235-252, 2005.

A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS.

MATEUS ALMEIDA DA CUNHA:

Graduando em Direito pela Faculdade metropolitana de Manaus - MANAUS (FAMETRO).

ANTÔNIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO

(orientador)

Resumo: Em 1988, a Constituição Federal permitiu com que houvesse outras configurações de casamento, ampliando a proteção para outras demais formas como discriminado dentro do art. 226, § 3º. No entanto, a maior problemática voltada para os regimes está na concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, dentro de um regime que foi pactuado entre os cônjuges de separação convencional de bens. O presente trabalho tem como principal objetivo analisar como ocorre a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes no regime de separação convencional de bens tendo em vista que o dispositivo legal que trata da matéria estabeleceu uma comunhão forçada com os herdeiros após a morte. Justifica-se esta pesquisa como relevante para toda a comunidade acadêmica e para a sociedade por ser uma temática atual e que leva a conhecimento de todos as particularidades que precisam ser respeitadas. Trata-se, portanto, de uma contradição ao pacto antenupcial, ora pois se o cônjuge em vida usufruiu do princípio da liberdade, onde escolheu em concordância com o outro cônjuge o regime de separação convencional de bens, pode-se indagar por que *post mortem* o cônjuge sobrevivente concorreria aos bens do *de cujus*.

Palavras-Chave: Herança. Concorrência. Jurisprudência.

Abstract: Before the 1988 Federal Constitution, the patriarchal model of family constitution existed, which in turn deprived of jurisdictional protection the other species of family entities and the children who were not conceived within the structure of marriage. On the other hand, the 1916 Civil Code discriminated against the family as something established only by marriage. This established that marriages were only between men and women, with a community property system, making distinctions between its members and bringing qualifications considered discriminatory to people who had unions without marriage and the children of this union. In this same period, marriage in Brazil was considered so rigid that those who married remained legally bound for the rest of their lives. The stable union

brought a path towards equal rights between spouses and partners. However, with the Civil Code of 2002, more precisely in art. 1790, the succession of the companion of stable union did not have the same treatment as a surviving spouse, who in turn began to be inserted into the list of necessary heirs, as discriminates in art. 1845 of the Civil Code of 2002, having a greater share in the inheritance than the companion of stable union. What can be understood is that it came to be placed the companion in a degree of inferiority compared to the spouse, resulting in an unconstitutionality, hurting to death the 1988 Federal Constitution, which states that all are equal. the general objective of the work, that is, to analyze the problem raised, has the academic purpose to highlight the constitutional and social importance of the issue. This is a bibliographical research carried out in books, articles and legal journals on the subject.

Keywords: Inheritance. Competition. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução; 2. Cônjuge supérstite em concorrência *mortis causa*; 2.2 Do regime de separação convencional de bens; 2.3 Direito à herança e a sucessão; 2.3.1 Princípio da vedação ao retrocesso e *post mortem*; 2.4 Análise das controvérsias na jurisprudência; 3 Considerações finais; 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente, consequentemente, consiste na análise do dispositivo legal que trata da matéria, qual seja o inciso primeiro do art. 1.829 do Código Civil de 2002. O citado artigo, no entanto, possui péssima redação, fazendo surgir vários debates doutrinários e divergências jurisprudenciais acerca da melhor interpretação a ser aplicada ao dispositivo. Assim, é possível demonstrar a tendência, não só brasileira, mas mundial de proteção ao cônjuge. No Brasil, o cônjuge possuía um quase inexistente direito sucessório, na época das Ordenações Filipinas, figurando na quarta classe da ordem sucessória, após os colaterais até o 10º grau, e, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a figurar nas duas primeiras classes, em concorrência com os descendentes e ascendentes, sucessivamente, e na terceira classe, isoladamente. Isso mostra que a comunhão de vida entre os cônjuges foi privilegiada, dando-lhes direito à herança e/ou meação de modo que não fiquem desamparados economicamente. Esse é o verdadeiro espírito da lei.

Dessa maneira, antes da Constituição Federal de 1988, existia esse modelo patriarcal de constituição familiar, que por sua vez privava da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não foram concebidos dentro da estrutura do casamento. Por outro lado, o Código Civil 1916, discriminava a família como algo instituído

unicamente pelo casamento. Estabeleceu-se com isso que os matrimônios fossem realizados somente entre homens e mulheres, como regime de comunhão universal de bens, fazendo por sua vez distinções entre seus membros e trazia qualificações consideradas discriminatórias às pessoas que possuíam uniões sem casamento e aos filhos dessa união. Nesse mesmo período, o casamento no Brasil foi considerado algo tão rígido que quem casava, permanecia com vínculo jurídico pelo resto de sua vida.

No entanto com a aprovação da Lei do Divórcio no ano de 1977, ocorreu a possibilidade de pessoas se separarem e obterem um novo casamento, mas somente mais uma vez. De acordo com Digas (2018, p. 51):

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A instituição do divórcio (EC 9/77 e L 6.515/77 acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Assim, com a Constituição Federal de 1988, passou-se a existir um tratamento isonômico entre homens e mulheres, passando-se a proteger de forma igualitária todos os outros membros. A CF/1988 tornou o conceito de família mais expansivo, tornando-se menos restrito como nos formatos anteriores, passando a tutelar e proteger os demais componentes da família e as outras configurações, entre elas a união estável entre o homem e a mulher, bem como a família considerada monoparental (VENOSA, 2017, p.32).

Assim, no ano de 1988, a Constituição Federal trouxe um leque de mais configurações de família pois também permitiu com que houvesse outras configurações de casamento, ampliando a proteção para outras demais formas como discriminado dentro do art. 226, § 3º, que discrimina que "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 1988).

Desta feita, com o reconhecimento da união estável como uma entidade familiar passou-se a regulamentar os direitos dos conviventes. Com base nisso, foram criadas as Leis 8.971 de 29 de dezembro de 1994, que por sua vez passou a regular o direito dos companheiros para que pudessem ter alimentos e obter sucessões, e a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, que regulamentou, por sua vez, o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, sendo que, por último teve a incorporação deste artigo para dentro do Código Civil de 2002. Com base nisso, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em um processo de julgamento das Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade (ADPF 132 e ADI 4277), ampliou o que era considerado como união estável para estendê-lo para

outros tipos de uniões, como por pessoas do mesmo sexo (LISBOA; MONLEVADE, 2018, p.14).

Com base na forma como a Constituição Federal de 1988 foi evoluindo referente ao conceito de família, pode-se verificar que a família legítima como a única configuração familiar foi superada e passou-se a expandir a proteção para outras modalidades de família, protegidas pela Constituição Federal de 1988, dentro dos art. 226 (DIAS, 2011).

Como objetivos específicos, busca-se levantar um debate no que tange ao regime de separação convencional de bens para explanar sobre como ocorre esse tipo de regime; aclarar a importância de respeitar a intenção e como pode ser considerado como quebra do princípio da dignidade Humana o desrespeito ao pacto antenupcial. Demonstrar a importância salutar de garantir na prática a inviolabilidade dos direitos fundamentais.

No entanto, a maior problemática voltada para os regimes está na concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, dentro de um regime que foi pactuado entre os cônjuges de separação convencional de bens. Trata-se, portanto, de uma contradição ao pacto antenupcial, ora pois se o cônjuge em vida usufruiu do princípio da liberdade, onde escolheu em concordância com o outro cônjuge o regime de separação convencional de bens, pode-se indagar por que post mortem o cônjuge sobrevivente concorreria aos bens do *de cujus*.

Assim, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar como ocorre a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes no regime de separação convencional de bens tendo em vista que o dispositivo legal que trata da matéria estabeleceu uma comunhão forçada com os herdeiros após a morte. Importante ressaltar que a melhor interpretação da lei é a resultante do que melhor representa do ordenamento jurídico como um todo.

Desse modo, foi feita uma análise do dispositivo legal, dos princípios e institutos aplicáveis ao caso, na busca pela solução do problema, tendo em vista a péssima redação da norma que gerou e vem gerando divergências discrepantes nos debates doutrinários e jurisprudenciais.

2 CÔNJUGE SUPÉRSTITE EM CONCORRÊNCIA *MORTIS CAUSA*

De acordo com Cimbali, D'Agua e Carlos Maximiliano (2015, p. 122), as bases voltas para o direito das sucessões estão alicerçada na continuidade da vida humana no decorrer das gerações. Entretanto, outros doutrinadores alegam que o direito hereditário está relacionado com o direito de propriedade, que esta não pode se extinguir com a morte

do seu titular sendo que possui caráter perpétuo. Com isso, essa perpetuidade relacionada com o direito de propriedade seria de fato voltada para a transmissão do deste patrimônio para o herdeiro.

De acordo com Debussi (2013, p.11), ressalta-se que:

[...] a despeito das tantas tentativas de se justificar a sucessão de bens *post mortem*, o que se percebe é que, hodiernamente, com a evolução da sociedade, sobretudo no âmbito das famílias, vêm sendo admitidas como fundamentos precípuos do direito sucessório a proteção e a união familiar, de modo que o acervo patrimonial é deferido, nos ordenamentos civis atuais, aos parentes mais próximos e ao cônjuge do *de cuius*, em razão da afeição, real ou presumida, existente entre eles.

De acordo com a leitura acima, pode-se compreender que existe a regra geral de que o cônjuge herda e concorre com os descendentes dependendo do regime de bens adotados. Contudo, vale ressaltar de que existem três exceções a serem consideradas, podendo-se citar a hipótese de casamento entre o cônjuge e o falecido, tendo o regime de comunhão universal; hipótese do casamento entre o cônjuge e o falecido, mas sob regime de bens a separação obrigatória; e por último, hipótese do casamento entre o cônjuge e o falecido tendo o regime bens a comunhão parcial e o autor da herança não ter bens particulares para serem deixados (TARTUCE, 2014, p. 193).

Assim, o inciso I do art. 1.829 do Código Civil de 2002 traz consigo uma grande confusão ao fazer menção as exceções da regre geral e nada mencionar o regime de separação convencional de bens, tendo inclusive outras discussões que giram em torno da jurisprudência, no qual o legislador ao aprovar esse artigo obteve a infelicidade causar, pela análise do artigo, grave dano à vontade do falecido e adstringir o direito conferido aos seus sucessores. Assim, o Código Civil de 2002, em matéria de direito hereditário do cônjuge, é uma tragédia jurídica, um desprestígio e um despreparo dos legisladores e do meio jurídico devido às impropriedades textuais que influenciam nas perplexidades interpretativas. Sugere-se que seja reescrito e que se apague o que foi feito como uma mancha na cultura jurídica nacional. E acrescenta que a lei seja aplicada da forma mais socialmente aceitável, mas que injustiças e inseguranças sociais são inevitáveis (VENOSA, 2010, p. 111).

Por fim, é possível perceber que toda celeuma causada por esse artigo diz respeito ao fato de relacionar a concorrência sucessória com o regime de bens, exceto a questão

envolvendo um suposto direito de acrescer que o cônjuge teria no caso de não haver descendentes, seja por morte, renúncia ou exclusão dos convocados. Esse entendimento é exposto por Eduardo de Oliveira Leite, o qual afirma: "Ressalte-se, entretanto, que, se o cônjuge concorrer com descendentes e estes não puderem ou não quiserem aceitar, o cônjuge sobrevivente recebe, por acrescer, a totalidade"(LEITE, 2015, p. 33).

No entanto, tal entendimento não prevalece na doutrina porque o cônjuge só está arrolado na primeira e na segunda classe para que haja a concorrência com os descendentes ou ascendentes, nessas classes ele não herda sozinho. Essa posição é corroborada pelo art. 1.836 do CC/02, caput, o qual prescreve que "na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente", ou seja, na falta de descendentes não herdará o cônjuge sozinho, o que ocorrerá é o chamamento da próxima classe à sucessão.

2.2 DO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

No que consta no art. 1687 do referido Código Civil, "estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real". Por esta visão, entende-se que o regime de separação convencional de bens advém de um pacto realizado antenupcial (BRASIL, CC, 2020).

Dessa maneira, cada um dos cônjuges pode manter os seus bens que trouxeram para o casamento, com a separação patrimonial desses bens com relação ao casamento. Com essa feita, quando ocorre a dissolução do casamento, cada um dos cônjuges permanece com seus patrimônios que tinham adquirido antes de formalizarem sua união (PEREIRA, 2018, p.228).

Como discrimina Farias (2015, p.331):

A separação convencional de bens é o regime de bens que promove uma absoluta diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou gratuito. Outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro. Enfim, nos matrimônios celebrados pela separação convencional, cada cônjuge mantém um patrimônio particular, inexistindo qualquer ponto de interseção de bens.

Destarte, corrobora Gonçalves (2020, p.662) que para que possa de fato surtir efeito na separação de bens e que esta possa ser pura e absoluta, se torna importante estabelecer esse pacto antenupcial. Em outros casos, os nubentes podem optar pela separação limitada, que envolve a separação somente dos bens presentes e com a comunicação dos futuros, bem como os frutos e o rendimento do que foi gerado durante a união. Desta feita, o regime de separação convencional de bens é algo que ocorre de comum acordo e por vontade de ambas as partes, visto que não permite flexibilização, não podendo, no entanto, cogitar o direito de meação.

Pode-se assim afirmar que o regime de separação convencional de bens é a manifestação da vontade de ambos os cônjuges. Essa liberdade de expressar seus desejos no pacto antenupcial que traz a autonomia da vontade privada, sendo então com isso um acordo *inter partes*. Pode-se reiterar que a autonomia da vontade é um princípio de extrema importância, como afirma o doutrinador Stolze (2019, p. 226):

Trata-se de um dos mais importantes princípios do tradicional Direito Civil, também respaldado na contemporaneidade, e que fundamenta a celebração de negócios jurídicos, valendo destacar que a manifestação da vontade é justamente um dos seus elementos existenciais

Com base nisso, quando aos nubentes há o direito de escolher qual o regime de bens que podem obter, o legislador concede para ambas as partes toda a autonomia para que possam proferir suas respectivas vontades, visto que esse regime é submetido à escolha do casal para seus bens. Por vista disso, em vida concretizarão um regime conforme a sua vontade, devendo ser respeitada essa escolha.

2.3 DIREITO À HERANÇA E A SUCESSÃO

O artigo 5º, da constituição federal de 1988 erige à categoria de direito fundamental o direito à herança, esse direito é consequência direta do direito de propriedade que tem como objetivo assegurar uma vida digna, livre e igualitária. A tutela da constituição federal de 1988 à herança, assegura que os bens deixados pelo de cujus sejam transmitidos aos seus herdeiros. Assim, torna-se cristalino que o patrimônio do falecido é projetado nos herdeiros tendo em vista o caráter perpétuo da propriedade. Essa perpetuidade é possível em razão da sucessão que transmite aos herdeiros a titularidade do patrimônio.

Pode-se compreender que a morte extingue o direito natural do indivíduo, visto que os direitos e as obrigações também deixam de existir no momento imediato após o

falecimento, por isso que existe a transcendência jurídica, mesmo que essas relações possam não ter sido transmitidas. Assim, o direito das sucessões compreende o que é chamado de transmissão mortis causa, que trazem os bens do falecido(a) para os seus herdeiros (MADALENO, 2020, p.21).

Para fins de direito, compreende-se como morte quando termina a existência do indivíduo, que pode ser de forma natural ou ainda presumida, como traz à baila o art. 6º do Código Civil. Para aquela, compreende o falecimento que acontece a partir de causas relacionadas à complicação de saúde, quando ocorre uma paralisação das atividades vitais relacionadas com o cérebro, devendo ser atestada no momento exato pelo médico. Esta por outro lado, acontece dentro dos casos que estão descritos no art. 7º do Código Civil. Como prova de que houve o falecimento, utiliza-se a inscrição que consta no registro público que declara o óbito, como nos casos de morte natural, dentro dos termos que cita o art. 9º, I, Código Civil, ou ainda a ausência ou morte presumida declarada por sentença, como prega o inciso IV (HIRONAKA, 2017, p.2).

Dentro desse cenário, pode-se afirmar que existem duas modalidades de sucessão, sendo elas a denominada legítima e a testamentária. A legítima é justamente quando a vontade do autor da herança é presumida através da lei, que por sua vez discrimina a ordem da vocação hereditária, trazendo a vontade do autor. Por outro lado, a testamentária é estabelecida por meio de um testamento, respeitando todos os parâmetros estabelecidos por lei (TARTUCE, 2019, p. 31-32).

Dentro da modalidade de sucessão legítima, mais precisamente conforme os teores do art. 1829 do Código Civil, a lei discrimina a ordem de vocação hereditária para em casos de ausência de testamento, possa ser presumida a vontade do autor da herança. Essa prática de escassez testamentária faz parte da cultura brasileira, como ressalta Gonçalves (2017, p.37-38):

A sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil. A escassez de testamentos entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestato*, chamado a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cuius* elencaria-se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento. Pode-se-ia dizer, como o fez, antes, na França, o insuperável PLANIOL, que a regulamentação brasileira a respeito da sucessão *ab intestato* opera assim como se fosse um “testamento tácito” ou um “testamento presumido”,

dispondo exatamente como o faria o de *cujus*, caso houvesse testado.

Assim, como discrimina o art. 1.788 do Código Civil, quando um indivíduo falece, seus bens se transformam em herança e serão transmitidos para os seus herdeiros legítimos. Dentro dessa vertente, Diniz (2012. P. 30) traz à baila que o direito brasileiro admite que bens que estão no testamento e os que não estão compreendidos nele podem passar por sucessão, como discrimina dentro do Código Civil, art. 1.788, 2ª parte.

2.3.1 Princípio da vedação ao retrocesso e *post mortem*

Segundo o princípio constitucional da vedação ao retrocesso, após ter-se implementado um direito fundamental não se pode praticar um ato que torne vulnerável o referido direito que esteja passível de fruição. Edson Ricardo Saleme ao mencionar Canotilho tratando do tema das funções dos direitos fundamentais, leciona: "Aqui se impõe um *non-facere* por parte do estado, a partir do delineamento da esfera de direitos individuais traçado pelas normas constitucionais [...].

Canotilho refere-se a uma dupla dimensão, no primeiro plano jurídico objetivo, impor-se regras de competência negativa para os poderes estatais, vedando ingerências nefastas; no plano jurídico subjetivo a possibilidade de emitir normas em prol do exercício dos direitos fundamentais e exigir omissões dos órgãos públicos a fim de evitar transgressões."

Discrimina-se o que traz à baila o art. 1.829, inciso I, Código Civil, que respalda que a sucessão em caráter legítimo acontece da seguinte maneira:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (BRASIL, 2012).

De acordo com o que cristalina a lei, pode-se observar que a concorrência sucessória que acontece quando o cônjuge vem a óbito acontece de acordo com o regime de bens compactuado. No entanto, ocorre um desrespeito ao pacto antenupcial e direito à herança já alcançado pelos descendentes quando um dos cônjuges falece e o cônjuge sobrevivente atua dentro da concorrência sucessória junto aos descendentes referente aos bens do

autor. Visto que, o acordo antenupcial e seus efeitos, a priori, é constitucional e tem todo respeito ao princípio da dignidade humana, principalmente quando houve consideração pela vontade de ambos os cônjuges ao exercício da autonomia sobre a escolha do regime de separação de bens. Entende-se que uma violação ao pacto antenupcial indica ferir de morte o interesse, inclusive, do cônjuge falecido.

Dentro dessa visão Barbosa (2017, p.40), ressalta que se houver uma consequência diferenciada do que foi anteriormente pactuado, fere-se à liberdade de escolha. Desta feita, fere de morte o princípio da liberdade, da autonomia, dignidade humana e vedação ao retrocesso. Com isso, discrimina a doutrinadora que “não há dignidade se a pessoa não tem a liberdade de organizar seu projeto de vida privada, patrimonial e familiar”.

No *post mortem*, com a abertura da sucessão, dependendo do regime acordado anterior, o cônjuge supérstite passa a entrar em concorrência perante ao patrimônio, acontecendo com isso uma incomunicabilidade patrimonial. Com base nisso, a concorrência do cônjuge sobrevivente junto aos descendentes dentro do regime separação convencional de bens traz uma certa insatisfação ao mundo jurídico, visto que, representa uma quebra de princípios e age em contradição à vontade das partes, que ao optarem por separação convencional de bens, outrora se manifestaram como contra a comunicabilidade de seus bens.

Em vista disso Gagliano (2019, p.239) discrimina que:

A vontade de legislador do Código Civil de 2002 de proteger o direito sucessório extrapolou o limite da necessidade da intervenção estatal na regulação de direitos privados. Na prática, o Estado, ao obrigar que o cônjuge seja herdeiro, afronta o que foi estipulado pelos nubentes quando da escolha do regime de bens do casamento e fere o princípio da autonomia da vontade.

Por isso, que essa contradição causa uma certa estranheza, principalmente por conceder aos cônjuges a liberdade de escolher o regime de bens para posteriormente ignorar o acordo antenupcial, retirando a eficácia prática do respectivo regime, principalmente em casos de falecimento (FARIAS, 2016, p.307)

2.4 ANÁLISE DAS CONTROVÉRSIAS NA JURISPRUDÊNCIA

O entendimento atual acerca da separação de bens é aquele que não considera a separação convencional como exceção à regra da concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do autor da herança tendo em vista que não foi abarcada no rol de

exceções à concorrência sucessória disposta no art. 1.829, I do CC/02 e atende à literalidade contida no artigo supramencionado.

Em 2010, o STJ tentou contornar o absurdo da concorrência sucessória do cônjuge supérstite que fora casado sob o regime de separação convencional de bens, sob o argumento de que a separação obrigatória é gênero e separação convencional é espécie e por isso a mesma ressalva do art. 1829,I do cc recairá em face daqueles que optaram pelo regime convencional de bens:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei no 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência

hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação

da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de igualdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- Princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010).

Nesse julgado, provido por unanimidade, consagrou-se vencedora a tese da relatora, Ministra Nancy Andrichi. Na ocasião, concluiu-se que o regime da separação obrigatória de bens é gênero que congrega duas espécies, quais sejam a separação legal e a separação convencional. A primeira é imposta por lei e a segunda decorre da vontade das partes, mas ambas, uma vez estipuladas como o regime a ser seguido obriga os cônjuges à sua observância. Dessa maneira, no regime da separação de bens não há direito à meação nem à herança, porque o regime de bens estipulado obriga as partes na vida e na morte. Sendo, assim, nos dois casos de separação de bens, o cônjuge não herda.

Data máxima vênia, ainda que o entendimento acima exposto seja bem intencionado, com objetivo de sanar a incoerência legislativa, não se pode confundir o regime convencional de bens como sendo espécie do regime de separação obrigatória, pelo simples fato de a separação convencional de bens “obrigar” os cônjuges após sua adoção, pois isso seria subverter a lógica do sistema jurídico. O regime de separação convencional de bens guarda íntima conexão com o princípio da autonomia privada e tem natureza negocial, o regime de separação obrigatória decorre de mandamento legal nas hipóteses do art. 1641 do cc. A força obrigatória deste decorre diretamente da lei. A força obrigatória daquele do negócio contratual firmado pelas partes denominado de *pacta sunt servanda*, o qual a lei atribui força obrigatória, sendo esta força, pedra angular da segurança jurídica do negócio firmado. Confundir ambos institutos seria rotular recipientes com conteúdos distintos.

Ainda que não concordemos com o argumento supramencionado o julgado supra teve uma bela intenção de resguardar a segurança jurídica.

O STJ, entretanto, aparentemente, tem trilhado caminho em sentido diverso no sentido de consolidar a literalidade do dispositivo legal:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. PRECEDENTES.

1. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, sendo

apenas afastada a concorrência quanto ao regime de separação legal de bens previsto no art. 1.641, do Código Civil.

2. Precedente específico da Segunda Seção do STJ acerca da questão (REsp 1.382.170/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, j. 22/04/2015, DJe 26/05/2015).

3. O superveniente falecimento do cônjuge supérstite, no curso do inventário, não altera os seus direitos sucessórios, que têm por fato gerador o falecimento anterior do seu cônjuge, autor da herança, de modo que desde a abertura da sucessão a herança lhe foi transmitida ("droit de saisine") em concorrência com os descendentes do "de cujus", a teor dos artigos 1.845 e 1.821, I, do Código Civil.

5. Em razão da neutralidade da sucessão legítima, conforme estatuído pelo legislador, a condição patrimonial confortável da viúva em vida e, agora, da sua sucessora, não enseja a adoção de solução diversa daquela alcançada pelos inúmeros acórdãos desta Corte acerca do concurso entre os herdeiros necessários.

6. Necessidade deste STJ primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, a teor do art. 926, do CPC/2015, restando inafastável o óbice do enunciado da Súmula n.º 83/STJ. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1830753/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 06/12/2019).

No julgado supra a terceira turma do STJ firmou entendimento no sentido de que o cônjuge é herdeiro necessário, podendo, assim, haver concorrência. *Data máxima vênia*, é inegável que o cônjuge com a entrada em vigor do novo código civil em 2002 passou a ter maior amparo do ordenamento jurídico podendo, assim, concorrer com os demais sucessores conforme a ordem de vocação hereditária. Entretanto, o posicionamento exposto acima não é o mais adequado à luz do ordenamento jurídico:

- O regime de separação convencional de bens em campo totalmente oposto ao regime da comunhão universal de bens, por meio da expressa manifestação de vontade das partes no pacto antenupcial, garante uma inequívoca independência patrimonial de

modo que aos cônjuges é resguardado a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, anterior ou posterior ao matrimônio, podendo, assim livremente alienar ou gravar de ônus real. Art 1687 do cc 2002.

- Entendimento considerando que nessa hipótese o cônjuge supérstite é herdeiro necessário e por isso poderá concorrer, suscitará uma clara antinomia entre os art. 1687 e 1846 do cc /02, posto que no regime de separação convencional de bens o cônjuge pode dispor de seu patrimônio livremente e , caso seja considerado herdeiro necessário há preservação da parte considerada indisponível, não permitindo, assim a livre alienação oriunda do regime que fora pactuado entre as partes, o que provocará a morte do regime de separação convencional de bens.

- No caso em questão há uma clara atenuação do art. 1845/ 02 do cc pelo próprio ordenamento jurídico ao permitir que as partes adotem o regime convencional de bens e assim, alienar ou gravar de ônus real livremente o arranjo patrimonial, amparando ainda a exclusividade e administração do patrimônio pessoal anterior ou posterior ao matrimônio , afastando do caso a aplicação do art. 1846/ 02 do cc que impede a alienação livre e impõe que seja preservado metade dos bens da herança pertencentes aos herdeiros necessários, e o art. 1845 do cc/ 02.

- Entendimento em sentido contrário seria estimular a insegurança jurídica, uma vez que a lei empresta ao negócio jurídico força obrigatória com objetivo de ser a pedra angular do negócio, ou seja, aquilo que passa segurança jurídica às partes. Sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, em prejuízo à segurança das relações negociais.

- Se os contraentes do matrimônio optaram por um completa separação patrimonial durante toda vida e não requereram alteração do regime pactuado em vida, não pode o interprete e nem o legislador assim fazê-lo sob pena de violação ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso que rege os direitos fundamentais e conseqüentemente o direito à herança, já conquistados pelos descendentes e ascendentes e passíveis de

fruição, ocasionando em grave ofensa ao referido princípio que impede que norma superveniente atinja negativamente direito social já conquistado, posto que uma norma infraconstitucional posterior adstringe o direito conferido aos sucessores, admitindo uma “comunhão patrimonial atípica post mortem” em franco desrespeito ao direito à herança e a autonomia privada das partes.

- A sucessão traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida, devendo, assim, ser respeitado o regime de bens adotado pelas partes. Inadmitindo a alteração do regime de bens na ausência de uma das partes, levando ainda em consideração a boa-fé objetiva como exigência de honestidade na conduta das partes. Assim, o *cônjuge* supérstite não pode esquivar-se do regime pactuado com o *de cujus*, posto que pactuou livremente com a parte o regime de bens.

- O regime da separação convencional de bens deve ter os mesmos efeitos na sucessão *post mortem* que o regime da separação obrigatória, ainda que não esteja expresso no rol das exceções do art. 1829,I do cc/02, tendo em vista a incompatibilidade de concorrência e meação do regime pactuado entre as partes, assim como ocorre no regime da separação obrigatória, não podendo o art.1829,I do cc/02 ser considerado taxativo e sim analisado conforme o regime de bens adotado, bem como o direito à herança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

-O regime de separação convencional de bens adotado pelas partes obriga à sua observância em qualquer caso, oriundo do ato de liberalidade permitido pelo próprio ordenamento jurídico, não havendo, assim, direito à meação e concorrência ao cônjuge supérstite.

Diante de todo o exposto supra, deve prevalecer o entendimento que conjuga e torna complementares o instituto em análise e os citados dispositivos à luz de todo o ordenamento jurídico, velando pela segurança jurídica das relações negociais, bem como ao princípio da boa fé, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e o direito fundamental à herança conferida aos sucessores.

3 CONCLUSÃO

A posição do cônjuge supérstite no direito brasileiro melhorou muito com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. O cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário, o que lhe garante a proteção da legítima, ou seja, cinquenta por cento do patrimônio deve ser garantido para a sucessão dos herdeiros necessários e garante também que não seja retirado da sucessão, salvo nas hipóteses de indignidade e deserdação. Além disso, no código civil de 1916, o cônjuge figurava na terceira classe da ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Já no código civil em vigor, o cônjuge faz parte da primeira classe, concorrendo com os descendentes; da segunda classe, concorrendo com os ascendentes e da terceira classe, de maneira isolada.

Dessa maneira, é possível notar o quanto a situação do cônjuge melhorou com a mudança do instituto legal. A proteção do cônjuge supérstite é uma tendência mundial. O direito brasileiro é, inclusive, mais avançado que o direito de muitos países em termos de direito sucessório do cônjuge, para o qual se busca o amparo econômico tendo em vista sua função central no instituto familiar. No entanto, a norma que propõe a ordem sucessória no direito brasileiro, qual seja o art. 1.829, I do CC/02 possui uma péssima redação, fazendo surgir diversas interpretações. É fato inegável que se buscou a proteção do cônjuge ao colocá-lo nas duas primeiras classes em concorrência com os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Porém, a norma em questão não tem a melhor técnica legislativa.

O art. 1.829, I do CC/02 peca por ser casuístico demais, tentando abarcar todas as hipóteses de sucessão envolvendo os regimes de bens que podem ser escolhidos no casamento. O grande problema é que esse casuismo todo não conseguiu abarcar todas as situações fáticas existentes, o que gerou grandes debates doutrinários e divergências jurisprudenciais, principalmente no tocante da contradição no que diz respeito o cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes, mesmo sendo regime de separação convencional de bens.

Infelizmente, o STJ, órgão responsável constitucionalmente pela uniformização da jurisprudência, contribuiu para o aumento da insegurança jurídica tendo em vista que por anos proferiu decisões totalmente divergentes a respeito da matéria e tem trilhado o entendimento que fere de morte o regime convencional de bens ao esmagar o pacto firmado pelas partes, em grave ofensa ao direito à herança, ao princípio da vedação ao retrocesso, dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva na conduta face as relações negociais.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 8ªed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 6. p.190.

BARBOSA, N.R. **Direito sucessório do cônjuge supérstite**. 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.6B92230D&lang=pt-br&site=eds-live>> Acesso em 10 mai 2022.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 198.

FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. **Coleção de curso de Direito Civil**. Sucessões. V. 7, 2. Ed. Salvador, Bahia: Juspodivm, 2016.

GAGLIANO, P.S. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, V. **A evolução histórica do cônjuge e do companheiro na sucessão e a possibilidade de concorrência entre eles**. 2018. Disponível em: <<https://valeriajpg.jusbrasil.com.br/artigos/533846547/a-evolucao-historica-do-conjuge-e-do-companheiro-na-sucessao-e-a-possibilidade-de-concorrenca-entre-eles>>. Acesso em 02 mai 2022.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 15ª Edição São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. In: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 201.

LÔBO, P. **Direito Civil – Volume 5: Famílias**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MUSTAFÁ, L. R. **A concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite e os descententes**. 2016. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14734/1/2016_LeticiaRodriguesMustafa_tcc.pdf>. Acesso em 28 abr 2022.

PEREIRA, C.M.S. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STJ. Superior Tribunal de Justiça - **RECURSO ESPECIAL**: REsp 1830753 RJ 2016/0157252-0. Disponível em: <jusbrasil.com.br>. Acesso em 20 abr 2022.

A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PRATICANTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL DO IDOSO

HERÁCLITO FERREIRA DA FONSECA NETO:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.⁸⁶

ANTÔNIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO

(orientador)

RESUMO: A realidade da pessoa idosa no Brasil aponta para a diversidade de contextos e a segurança de direitos, sendo notada a questão da alienação parental em que o idoso é uma vítima do agente alienador. Este estudo teve como objetivo principal possibilidade de responsabilização civil dos praticantes da Alienação Parental do Idoso. Através de um levantamento bibliográfico e documental, foi possível compreender em primeira instância a importância do conhecimento acerca das peculiaridades da terceira idade, bem como das necessidades de segurança de direitos comuns a este público. Também foi notada a importância do aprofundamento nas questões pertinentes a alienação parental enquanto ocorrência possível junto a pessoas idosas, observando-se casos de violência psicológica, física e patrimonial. Dentre as alternativas de intervenção foi identificada a possibilidade de responsabilização dos praticantes de alienação parental contra o idoso, também conhecida como inversa, através da aplicação por analogia da Lei 12.318, a qual preconiza as determinações a agentes alienantes.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental. Idoso. Responsabilização civil.

ABSTRACT: The reality of the elderly person in Brazil points to the diversity of contexts and the security of rights, being noted the issue of parental alienation in which the elderly is a victim of the alienating agent. The main objective of this study was the possibility of civil accountability of the practitioners of parental alienation of the elderly. Through a bibliographic and documentary survey, it was possible to understand in the first instance the importance of knowledge about the peculiarities of the elderly, as well as the needs of security guards of rights common to this public. It was also noted the importance of deepening in the issues pertinent to parental alienation as a possible occurrence with the old people, observing cases of psychological, physical, and patrimonial violence. Among the alternatives of intervention was identified the possibility of accountability of the practitioners of parental alienation against the elderly, also known as inverse, through the application by analogy of Law 12.318, which advocates the determinations to alienating agents.

⁸⁶ E-mail: netomoda17@hmail.com.

KEYWORDS: Parental alienation. Old. Civil accountability.

SUMARIO: 1 introdução. 2 O idoso na sociedade. 2.1 O idoso inserido dentro da família. 2.2 A vulnerabilidade do idoso dentro das relações parentais. 2.3 Políticas públicas voltadas para a proteção e o desenvolvimento do idoso no anseio social. 3 Fundamentos da alienação parental 3.1 Conceitos de alienação parental e a aplicação da lei 12.318. 3.2 Efeitos da alienação parental do idoso nas relações familiares. 4 Possibilidades de responsabilização cível derivado da prática de alienação parental. 4.1 A fragilidade do idoso e as situações de violência mencionados no estatuto do idoso. 4.2 A aplicação da lei 12.318/10 por analogia aos casos de alienação parental inversa. 5 Conclusão. 6 referencias.

1 INTRODUÇÃO

A garantia de direitos da pessoa idosa perpassa por diversos aspectos que devem ser compreendidos como cerne para a discussão da referida temática, destacando-se então a segurança de convívio social e comunitário, considerando principalmente a atual conjuntura dos idosos na sociedade, uma vez que estes indivíduos têm se apresentado como foco de políticas públicas.

De acordo com o último Censo realizado, a população idosa no Brasil vem apresentando um crescente aumento, sendo estimada em mais de trinta milhões de cidadãos acima dos sessenta anos de idade, quantitativo este que aponta para a necessidade cada vez mais eminente de discussão acerca dos direitos dos mesmos. A alienação parental inversa, também reconhecida como aquela em que o sujeito do fato é uma pessoa idosa, tem despontado como uma agressão aos direitos da pessoa idosa, sendo determinante o desenvolvimento de estudos que tratem da prática à luz do direito.

O presente trabalho torna-se relevante, visto que a população idosa vem crescendo de forma exponencial e a prática da alienação parental inversa é um fato, levando em consideração a Legislação Constitucional que é clara quando diz que é dever da Família, sociedade e do estado amparar as pessoas idosas protegendo sua dignidade e o seu bem-estar.

A pesquisa visa apresentar meios no qual tenham como objetivo responsabilizar os que praticam da alienação parental do idoso e tenta solucionar os problemas derivados da não regulamentação de tal instituto.

A doutrina, de forma geral, ainda é bastante omissa com relação a alienação parental inversa, porém autores contemporâneos já trazem à baila julgados que utilizam como fundamento a lei 12.318/10 (Lei da Alienação Parental) para se chegar a uma responsabilização cível dos que praticam esse instituto.

Neste sentido o objetivo geral deste estudo se dá em analisar a possibilidade de responsabilização civil dos praticantes da Alienação Parental do Idoso. Para tanto foram estipulados como objetivos específicos descrever como o idoso se apresenta no anseio familiar e como o ordenamento jurídico lida com os direitos do idoso; explicar o que vem a ser a alienação parental do idoso ou alienação parental inversa e seus fundamentos; e verificar os níveis de responsabilização civil aos praticantes da alienação parental do idoso ou alienação parental inversa

O aporte teórico-metodológico escolhido para a produção desta pesquisa se constituiu no método dedutivo, o qual é definido como o método que se inicia da análise do geral para o particular. Através da construção de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, partindo de uma análise do geral para o particular, alcançando assim uma conclusão. Esta metodologia de baseia no silogismo, ou seja, se estrutura na construção lógica de uma análise específica, partindo de duas premissas, fundamento então uma terceira, sendo esta reconhecida como conclusão.

Por procedimento, optou-se pela pesquisa bibliográfica, constituída de um levantamento de toda a bibliografia publicada, seja em livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. A sua finalidade é fazer com que o pesquisador entre em contato direto com todo o material escrito sobre um determinado assunto.

Por se tratar de uma pesquisa não experimental de caráter básico, este estudo se caracteriza pela postura passiva do pesquisador, em que este reconhece os fenômenos sem a intervenção junto aos mesmos, restringindo-se em observar, registrar, analisar e correlacionar os achados, sem a manipulação dos mesmos.

A coleta de dados de estruturou na pesquisa em bancos que armazenam pesquisas de natureza científica, diante o cruzamento das palavras-chave: alienação parental; idosos; responsabilização civil.

Como critérios para seleção, foram incluídos estudos científicos devidamente publicados entre os anos de 2017 e 2022, respeitando as línguas portuguesa, inglesa e espanhola, desde que atendessem os objetivos do presente estudo. Foram excluídos os achados não indexados em revistas científicas e aqueles que não atendessem aos objetivos estipulados.

2 O IDOSO NA SOCIEDADE

2.1 Pessoa idosa e terceira idade: contextualização histórica, conceitual e legal

A conceituação atual de pessoa idosa, perpassa invariavelmente pelo reconhecimento da expressão terceira idade, a qual é atualmente mais utilizada em concomitância com os temas referentes ao idoso.

A diversidade de termos aponta para diversos aspectos relacionados à velhice, como a história social da velhice, as nomenclaturas adotadas, o surgimento de políticas que atendam esse público em específico, e principalmente a sensibilização da sociedade com as causas comuns à estes indivíduos, podendo citar principalmente as bases legais que garantem seus direitos (VELOSO e tal., 2017).

Conceitualmente a terceira idade é reconhecida como a fase do desenvolvimento humano compreendida a partir dos sessenta anos de idade, o qual passa a ser considerado idoso, com alguns estudos propensos a postergar esse número para sessenta e cinco em razão da expansão da expectativa de vida mundial. É importante compreender que estes marcos etários se constituem para fins didáticos e legais, mas que muitos aspectos devem ser considerados para o reconhecimento da entrada na terceira idade (SILVA et al., 2019).

As bases conceituais acerca da pessoa idosa também são defendidas sob a perspectiva da subjetividade do sujeito, buscando principalmente o rompimento do senso comum do envelhecimento como uma consequência das perdas naturais das possibilidades do indivíduo adulto. Passar a entender a terceira idade, e por consequência a pessoa idosa, através de suas peculiaridades, englobando as deficiências ocasionada pelos desgastes físicos, mas entendendo esse sujeito dentro de suas potencialidades, tem se apresentado como um dos grandes desafios dos profissionais que atendem esse público (LEITE et al., 2021).

Tal complexidade se justifica principalmente pela recente adoção do termo citado, assim como o início de uma concepção diferenciada da velhice e das possibilidades do processo de envelhecer, expandindo os conceitos de término ou invalidez (CALMON, 2022).

Historicamente, nas sociedades orientais a pessoa mais velha sempre foi considerada fonte de sabedoria e que em virtude de seus conhecimentos, deveria ser reverenciada, ao contrário do percebido nas sociedades ocidentais, nas quais a pessoa que alcançasse idade avançada, bem como apresentasse os sinais de envelhecimento, passava a ser considerada inválida e demandando uma série de cuidados, sendo destinada à papéis secundários socialmente (POLTRONIERI; SOUZA; RIBEIRO, 2019).

Em primeira adoção do termo se deu na França no ano de 1962 através de uma política de seguridade e integração social voltada para a velhice, sendo fundamental sua contribuição para a alteração da imagem de desgaste comum à estes indivíduos. A ideia principal desta campanha era a substituição de termos pejorativos como velho, por exemplo, por idoso, o qual abrange principalmente as possibilidades de um processo de envelhecimento mais saudável.

A perspectiva legal da terceira idade no Brasil pode ser compreendida principalmente pelo verso da Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003 (BRASIL, 2003), também reconhecido como Estatuto do Idoso, no qual em seus três primeiros artigos preconiza que:

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (ROCHA; BÓS, 2021) acerca da população idosa no país são determinantes na certeza acerca da necessidade de investir na promoção de qualidade de vida deste nicho da sociedade. No ano de 2019 a população idosa residente no Brasil foi de aproximadamente 32,9 milhões de cidadãos, sendo notado entre os anos de 2012 e 2019 um aumento de quase 30% deste público, com o diferencial histórico de ser um público mais expressivo numericamente que o de crianças no território nacional. E as estimativas relacionadas aos idosos no país é de um alcance superior à 57% até o ano de 2060.

Além dos aspectos já expostos, é salutar, anterior da promoção da qualidade de vida destes indivíduos e compreender como se dá o processo de envelhecimento, apresentando suas particularidades, identificando suas dimensões e buscando compreender a avaliação multidimensional necessária.

Dentre os aspectos a serem avaliados é salutar a apresentação das dimensões comuns ao envelhecimento. A primeira dimensão do envelhecimento a ser explanada é a de ordem biológica, a qual se caracteriza pelos fatores biológicos e fisiológicos que compreendem o envelhecer. A partir da análise desta dimensão é possível citar que diversos fatores contribuam para sua ocorrência, como os desgastes morfofisiológicos, os quais ocasionam complicações comuns ao processo de envelhecimento, como perda de funções orgânicas (ZANATTA; CAMPOS; COLEHO, 2021).

A dimensão cronológica é explicada como aquela em que a data de nascimento do indivíduo serve de ponto central para a discussão do envelhecimento. As discussões se mostram intensas quando se trata desta dimensão, uma vez que mesmo que a idade seja um componente importante para a determinação do envelhecer, não deve ser observado de forma isolada, mas sim considerando a história de vida do idoso e o contexto em que está inserido (CERQUEIRA-CASTRO; ARAÚJO, 2020).

No que tange à dimensão psíquica é possível afirmar que se trata dos comportamentos e emoções relacionados ao envelhecimento. Nesta dimensão devem ser atentadas as perspectivas individuais acerca destas mudanças, a elaboração das experiências, a capacidade de adaptação, e as implicações emocionais e os comprometimentos psicológicos possíveis nesta idade (OLIVEIRA et al., 2020).

Já a dimensão sociocultural se define pela relação estabelecida entre os fatores pessoais, sociais, culturais e econômicos que contribuíram para a formação de valores individuais e de que forma se estabelece com a sociedade em que está inserido (SOUZA et al., 2018).

A compreensão de todos os aspectos que envolvem a pessoa idosa é de suma importância principalmente para a segurança de direitos da mesma, uma vez que engloba os mais diversos fatores, dentre eles as relações sociais destes cidadãos.

2.2 A vulnerabilidade do idoso dentro das relações parentais

Anterior ao aprofundamento acerca das relações parentais como meio de vulnerabilização da pessoa idosa, é salutar o reconhecimento das possibilidades de inserção do idoso nestas condições.

A primeira forma identificada neste sentido, é a ocorrência do idoso submetido a um estado de vulnerabilidade quando se trata de questões relacionadas à saúde física. Em razão da condição vulnerável de saúde em que estes cidadãos potencialmente se encontram, é observado que muitos casos se agravam quando estes não possuem o atendimento e acompanhamento em saúde de acordo com suas necessidades, seja em virtude da falta de políticas públicas, ou ainda de acesso as mesmas, destacando-se também casos em que as pessoas responsáveis pelos idosos não cumprem suas atribuições de garantir estes direitos (BARBOSA; OLIVEIRA; FERNANDES, 2019)

Também é identificada como possível situação de vulnerabilidade aquele em que há um prejuízo para pessoa idosa no que tange à saúde mental deste público, uma vez que em razão de sua condição, é necessário que haja um constante monitoramento acerca das necessidades destes idosos para prevenção e tratamento de casos como depressão,

por exemplo, sendo notado novamente ocorrências de abandono por parte das pessoas responsáveis (SANTOS et al., 2018).

De igual forma, outro ponto de vulnerabilidade da pessoa idosa é a ausência de contato social com outras pessoas, seja seus pares ou familiares. No que concerne a convivência social com outras pessoas idosas é observado que, em casos de não contato, a pessoa idosa tem sérios prejuízos, seja para sua saúde física quanto emocional, sendo de suma importância a socialização deste idoso com pessoas da mesma faixa etária, sendo de responsabilidade de pessoas próximas a ele esta ação (JESUS; ORLANDI; ZAZZETTA, 2018).

No que tange as relações sociais com pessoas com grau de parentesco estabelecido, é notado que a vulnerabilidade nestes casos se dá pelo afastamento de pessoas em que o idoso tenha relações afetivas, seja de forma proposital ou por situações adversas, o que é preconizado como uma questão de grande importância no reconhecimento de possível fragilidade das relações parentais, assim como de alienação neste sentido (ALBUQUERQUE, 2021).

2.3 Políticas públicas necessárias a proteção e o desenvolvimento do idoso

A proteção da pessoa idosa, sob a perspectiva de direitos, se faz, igualmente aos demais cidadãos, principalmente na construção e efetivação de políticas públicas que atendam as demandas específicas deste público.

As primeiras políticas públicas devidamente reconhecidas como imprescindíveis no cenário da pessoa idosa devem ser compreendidas como aquelas que preconizam a prevenção de problemas pertinentes a estes indivíduos, sendo possível destacar as que buscam promover o acesso aos serviços básicos de saúde, com apoio específico para a nutrição e atendimento de acordo com suas possibilidades (PINHEIRO; AREOSA, 2019).

Também é destacada a necessidade de efetivação de políticas públicas destinadas à previdência social e aposentadoria, uma vez que, com a fragilidade das possibilidades de emprego, bem como a importância da mão de obra desprendida durante a vida, é de suma importância a segurança de direitos na terceira idade no que concerne a manutenção do bem-estar do idoso, implicando principalmente na subsistência do mesmo através de aposentadoria (NÓBREGA; DIÓGENES; PEREIRA, 2019).

Outro eixo observado em relação as políticas públicas voltadas para a pessoa idosa que necessita de atenção, é a determinação de ações destinadas ao trabalho e educação, uma vez que mesmo diante da condição do idoso, o mesmo tem direito constitucionalmente assegurado em ter acesso à educação e ao trabalho, sendo de suma relevância que estes se adequem à realidade dos mesmos, bem como atendam suas demandas (BATISTA; TEIXEIRA, 2021; VAGET et al., 2020).

O direito à proteção do idoso enquanto consumidor também configura uma necessidade na elaboração de políticas públicas, uma vez que a ação de oportunistas se mostra incisiva, o que aponta para a importância de atividades que instruem este público, da mesma forma que fiscalizem tais atos.

No que concerne às políticas públicas destinadas ao convívio familiar e social, é imperativo que as mesmas sejam elaboradas considerando a necessidade que os idosos possuem em estabelecer e manter vínculos afetivos de forma a construir relacionamentos, o que contribui para sua saúde e bem-estar, sendo necessária a efetivação de ações que busquem contribuir para estas relações, bem como punam os casos contrários (PINHEIRO; AREOSA, 2019).

Por fim, faz-se mister a observação dos pilares que sustentam a elaboração de políticas públicas para a pessoa idosa, as quais determinam, em consonância com as necessidades dos idosos, quais melhores ações devem ser tomadas.

O primeiro pilar é a independência, no qual é preconizado que a condição de pessoa idosa não inviabiliza a autonomia da mesma, sendo de suma importância o incentivo as ações autônomas, considerando o autocuidado, a gestão financeira, bem como a busca por processos de cidadania e aos direitos básicos (ROZENDO; DONADONE, 2017). O segundo pilar se constitui no fomento à participação deste idoso na sociedade, considerando principalmente a troca de saberes possível entre este e o meio em que ele está inserido, com o incentivo ao convívio social (ROCHA, 2019).

O pilar do cuidado está diretamente ligado à necessidade da pessoa idosa em ser cuidado por terceiros, sem necessariamente permitir que haja descrédito da autonomia preconizada anteriormente, mas que haja a responsabilização de familiares para tal, ou que, na ausência ou negligência destes, o estado intervenha (TEIXEIRA, 2020). A autorrealização se apresenta como um quarto pilar ao identificar a importância do estabelecimento de ações que visem o desenvolvimento do potencial da pessoa idosa de forma a garantir os direitos à educação, cultura, esporte e lazer, assim como ao trabalho e a continuidade do potencial profissional (JUNIOR et al., 2020).

O último pilar é identificado pela promoção da dignidade da pessoa idosa, com a instauração de políticas públicas que reforcem e assegurem direitos contra abusos e maus-tratos, sendo de suma importância a intervenção da sociedade civil e do estado para tal (DIAS; PAIS-RIBEIRO, 2018).

3 FUNDAMENTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Conceito de Alienação Parental e a aplicação da lei 12.318.

Considerando assim os objetivos propostos por este estudo é salutar a compreensão da expressão alienação parental, com destaque tanto para estudos científicos na área quanto para a observância das determinações legais sobre o mesmo.

A alienação parental se constitui pela força da Lei 12.318 (BRASIL, 2010), mais especificamente no artigo segundo, em:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Ainda na perspectiva legal, Figueredo e Alexandridis (2017) afirmam que a alienação parental se constitui na interferência negativa nas relações entre pais e filhos, promovida com o intuito de prejudicar os vínculos afetivos entre a criança ou adolescente e um dos genitores, coibindo por exemplo a convivência. Soares (2017) afirma que é imprescindível atentar para os impactos desta ocorrência na segurança de direitos dos envolvidos. Silva e Almeida (2021) complementam ainda que tal fato pode ser promovido pelos pais, avós, tios, entre outros.

Dias (2017) esclarece que tais interferências são reconhecidas principalmente pelos impactos no desenvolvimento social e psicológico das crianças ou adolescentes, principalmente em razão da privação de contato com um dos genitores ou algum parente. Hummerlgen e Cangussú (2017) afirmam ainda neste sentido que a dificuldade notada no convívio entre os envolvidos se mostra uma razão de diversos empecilhos na saúde de crianças e adolescentes.

Um ponto de destaque no que tange à alienação parental é a caracterização do fenômeno, sendo a mesma preconizada igualmente pela Lei 12.318 (BRASIL, 2010):

São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

De acordo com Pereira e Araújo (2020) dentre as causas comuns a alienação parental é possível citar a negligência dos pais, o abuso psicológico, físico e possivelmente sexual, casos de abandono e até outras ocorrências de alienação parental. Já Vieira e Gouveia (2019) explicam que dentre as consequências é citado o abuso emocional, complicadores no desenvolvimento dos menores, além de ocorrências psicológicas dos parentes alienados e alienantes.

Dentro os envolvidos como objeto da alienação parental são possíveis citar prioritariamente crianças e adolescentes, não descartando assim outros indivíduos, como por exemplo pessoas idosas, uma vez que estes podem se caracterizar vítimas de igual forma (ARAÚJO, 2021).

3.2 Efeitos da alienação parental do idoso nas relações familiares

Segundo Eidt e Perico (2020) a alienação parental, mesmo não sendo devidamente estipulado em lei, pode compreender a pessoa idosa como potencial vítima deste fenômeno, uma vez que a vulnerabilidade destes indivíduos pode ser reconhecida como uma justificativa para tal. Broering (2019) afirma que reconhecer a possibilidade de vivência da alienação parental contra a pessoa idosa é de suma importância em detrimento da necessidade de garantia de direitos da mesma.

De acordo com Paula e Silva (2019) a especificidade da alienação parental do idoso é reconhecida no meio jurídico sob a denominação de alienação parental inversa, tendo esta as mesmas características do termo originário, sendo aplicável nos casos em a pessoa idosa serve de objeto de disputa entre parentes. Albuquerque (2021) salienta que neste cenário é possível destacar que os agentes alienantes se apresentam como filhos e netos do idoso, sendo notado ainda a possível ação de cônjuges.

Para Paula e Silva (2019, p. 11)

Impositivo reconhecer a vulnerabilidade do idoso que pode sujeitar-se a alienação parental por parte de quem exerce alguma influência sobre ele. Flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição a alguém com quem o idoso tinha alguma afinidade ou afeição cabe a aplicação das sanções previstas na legislação especial.

Fagundes e Rezende (2022) afirmam ainda que a compreensão da vulnerabilidade da pessoa idosa ao ponto da mesma se encontrar como vítima da alienação parental, devidamente reconhecida como inversa ou invertida, passa a caracterizar a necessidade de reconhecimento por parte da doutrina de seu atendimento pelas vias legais, sendo pertinente então a aplicação da Lei 12.318 (BRASIL, 2010).

No que concerne às relações familiares e o estabelecimento da alienação parental, Souza e Oliveira (2018) elucidam que ao estar nesta situação o idoso em geral é afastado do convívio familiar pelo agente alienante, muitas vezes com intuítos financeiros, constatando-se assim a violência patrimonial. De acordo com Batalha e Serra (2019), algumas situações de alienação parental inversa também se justificam por desavenças entre familiares, em geral filhos e netos, o que determina o uso do idoso como objeto de poder de uma das partes. Buratti (2019) complementa que pode ocorrer inclusive casos de cárcere do idoso, sem a possibilidade de convívio com outros parentes ou com terceiros, prejudicando inclusive o convívio social do mesmo.

Sobre as consequências para pessoa idosa e seus impactos nas relações familiares, é possível citar de imediato o abuso psicológico notado nestes casos, uma vez que a ocorrência se dá na maioria das vezes através de chantagem, jogos emocionais e ameaças. Poreli et al. (2021) afirmam que a falta de convívio com os parentes com os quais o idoso possui relações afetivas pode contribuir para o desenvolvimento de depressão, ansiedade, entre outros.

No que concerne as relações em si, é observado que a falta de comunicação e convivência pode acarretar a quebra de vínculos afetivos, bem como distanciamento duradouro e permanente, o que impacta tanto na vida dos idosos quanto dos demais envolvidos (ALBUQUERQUE, 2021).

4 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL DERIVADO DA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

4.1 A fragilidade do idoso e as situações de violência mencionados no Estatuto do Idoso

Quando se trata da alienação parental inversa é imperativa a identificação dos possíveis casos de violência a serem sofridos por pessoas idosas, bem como o embasamento dos mesmos diante a legislação brasileira.

O Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), trata a questão da violência contra a pessoa idosa em alguns pontos específicos em seu texto, sendo:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

[...]

Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária [...]

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.

É notado que a violência contra a pessoa idosa possui nuances que se assemelham aos casos de violência doméstica, principalmente no que tange aos danos possíveis de identificação (KLIPPEL; SOUZA, 2021). De acordo com os autores é de suma importância que a referida legislação preconize a tipificação da violência contra o idoso principalmente em virtude da localidade em que a mesma é provocada, seja no ambiente privado ou ainda em público.

Dentre os tipos de violência mais comuns contra a pessoa idosa, Waquim e Machado (2021) destacam em primeira conjuntura a negligência, a qual se configura pela ausência de terceiros no cumprimento dos cuidados básicos com o idoso, resultando em falta de higiene, alimentação inadequada ou inexistente, pouco ou nenhum cuidado com a saúde.

Já D'Almeida (2018) cita a violência psicológica como um tipo bastante comum e muitas vezes invisível aos olhos da sociedade, uma vez que as humilhações, ameaças, hostilizações e chantagens ocorrem em geral no âmbito privado de convivência entre

vítima e agressor. Complementa ainda que a violência física contra a pessoa idosa em geral segue o mesmo padrão de ocorrência privada, uma vez que as agressões, como pontapés, beliscões, socos e chutes, em geral acontecem dentro de casa, sendo possível sua observância através de marcas no corpo da vítima.

Klippel e Souza (2021) destacam ainda os casos de violência patrimonial bastante comum em casos de violência contra a pessoa idosa, na qual são observados abusos financeiros geralmente diante a aposentadoria do idoso, com ocorrências de empréstimos não autorizados ou exorbitantes, usurpação de bens e assinatura de documentos sem a devida concepção lógica do idoso, e com a detenção de documentos do mesmo.

4.2 A aplicação da lei 12.318/10 por analogia aos casos de Alienação Parental inversa

Diante da ausência de uma legislação pertinente a alienação parental inversa, Paula e Silva (2019) elucidam que é completamente plausível a aplicação da Lei 12.318 (BRASIL, 2010) por analogia, considerando principalmente que o objeto de alienação é um indivíduo que necessita de atenção e cuidados de forma similar, bem como se mostra igualmente vulnerável.

Segundo Poreli et al. (2020) este estado de vulnerabilidade da pessoa idosa se mostra o principal motivo de aplicação da referida legislação nestes casos em específico, uma vez que o avanço da idade e as possibilidades de abuso se mostram relevantes e de grande ocorrência, o que determina inclusive a participação de um ou mais dependentes familiares enquanto agentes alienantes.

Eidt e Perico (2020) afirmam que em razão da lei em questão tratar a pessoa idosa como um possível agressor alienante, ou seja, aquele que executa a alienação parental, é necessário nestes casos em específico que o termo inversa ou invertida seja apresentado de forma conjunta como uma maneira de reconhecer a pessoa idosa enquanto vítima do processo.

Ainda sobre isto, Machado e Leal (2018) explicam que o cabimento da lei em tela apresenta a necessidade de investimentos em relação a pessoa idosa no que tange a alienação parental enquanto reconhecimento jurídico, pois na falta de uma legislação específica, a adoção por analogia se faz necessária, porém não se configura como ideal.

Considerando a possibilidade de aplicação da Lei 12.318 (BRASIL, 2010) é imperativo o reconhecimento tanto das possibilidades de alienação quanto das formas de ação jurídica diante tais ocorrências:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz

poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

5 CONCLUSÃO

Através da realização da presente pesquisa foi possível elucidar os pormenores em partes desconhecidos da sociedade no que concerne a alienação parental contra a pessoa idosa, a qual não é representada socialmente em sua íntegra de acordo com suas potencialidades.

Em conformidade com os objetivos estipulados foi realizado devido levantamento acerca da qualificação e dos direitos da pessoa idosa, sendo assim pertinente afirmar que tais indivíduos se mostram cidadãos que vem se destacando neste sentido, o que determina inclusive a questão central do estudo quando se trata da necessidade de responsabilização civil das pessoas que se caracterizam como agentes alienantes.

Assim, é imperativa a afirmação de que os objetivos inicialmente levantados se mostraram alcançados, o que determina inclusive a realização de novas e mais aprofundadas pesquisas nesta temática, considerando tanto a necessidade de discussão quanto a amplitude e emergência da questão da qualidade de vida bem-estar da pessoa idosa.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Gustavo Fernandes. Alienação parental do idoso: como combatê-la?. **Direito Izabela Hendrix**, v. 25, n. 25, 2021.

BARBOSA, Keylla Talitha Fernandes; OLIVEIRA, Fabiana Maria Rodrigues Lopes de; FERNANDES, Maria das Graças Melo. Vulnerabilidade da pessoa idosa: análise conceitual. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 72, p. 337-344, 2019.

BATALHA, Glauca Fernanda Oliveira Martins; DE MESQUISTA SERRA, Maiane Cibele. PRODUÇÕES DISCURSIVAS DE GÊNERO: uma reflexão crítica sobre a Lei 12.318/2010 e a "Síndrome da Alienação Parental". **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 5, n. 2, p. 19-37, 2019.

BATISTA, Rafaela Lopes; TEIXEIRA, Karla Maria Damiano. O cenário do mercado de trabalho para idosos e a violência sofrida. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, v. 24, 2021.

BRASIL. **Lei 10.741 de 1 de outubro de 2003**. Casa Civil. Brasília: 2003.

BRASIL. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Casa Civil. Brasília: 2010.

BROERING, Ana Isadora. O idoso como vítima da alienação parental: um estudo acerca da possibilidade de aplicação por analogia da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. **Direito-Pedra Branca**, 2019.

BURATTI, Daiane Caroline. A mitigação da regra de competência processual da lei 12.318/10 nos casos de alienação parental: um estudo de caso. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 3, p. e19766-e19766, 2018.

CALMON, Patricia Novais. **Direito das famílias e do idoso**. Editora Foco, 2022.

CASTRO, Jefferson Luiz; DE ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes. O conhecimento vem dos rios: as representações sociais do envelhecimento entre idosos ribeirinhos. **Ciencias Psicológicas**, 2020.

D'ALMEIDA, Rita Guimarães Fialho. A (síndrome de) alienação parental: uma nova forma de patriarcado?. **Revista Jurídica Portucalense**, p. 131-162, 2018.

DIAS, Ewerton Naves; PAIS-RIBEIRO, José Luís. Evolução das políticas públicas í pessoa idosa no Brasil. **Enfermagem Brasil**, v. 17, n. 4, p. 418-425, 2018.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: uma nova lei para um velho problema. **Porto Alegre**, 2017.

EIDT, Vanessa; PERICO, Alexandra Vanessa Klein. Alienação parental e a (im) possibilidade da sua aplicação analógica ao idoso. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 5, p. e24427-e24427, 2020.

FAGUNDES, Jackeliny; DE REZENDE, Ricardo Ferreira. Constitucionalidade da lei da alienação parental (Lei12.318/2010). **Facit Business and Technology Journal**, v. 1, n. 35, 2022.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, GEORGIOS JOSE LLIAS BERNABE. **Alienação parental**. Saraiva Educação SA, 2017.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HÜMMELGEN, Isabela; CANGUSSÚ, Kauan Juliano. Estereótipos de gênero no direito das famílias: um estudo da doutrina jurídica sobre alienação parental. **ENADIR, FFLCL-USP, São Paulo**, 2017.

JESUS, Isabela Thaís Machado de; ORLANDI, Ariene Angelini dos Santos; ZAZZETTA, Marisa Silvana. Sobrecarga, perfil e cuidado: cuidadores de idosos em vulnerabilidade social. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, v. 21, p. 194-204, 2018.

JÚNIOR, José Carlos Chaguri et al. Envelhecimento ativo e políticas públicas: novas perspectivas na reinserção social do idoso no contexto contemporâneo. **Revista Transformar**, v. 14, n. 1, p. 760-784, 2020.

KLIPPEL, Suellen; DE SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro. A violência intrafamiliar contra a pessoa idosa em um estado democrático de direito: uma análise de caso. **Anais da Mostra Científica da FESV**, v. 1, n. 12, p. 124-151, 2021.

KLIPPEL, Suellen; DE SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro. A violência intrafamiliar contra a pessoa idosa em um estado democrático de direito: uma análise de caso. **Anais da Mostra Científica da FESV**, v. 1, n. 12, p. 124-151, 2021.

LEITE, Julio de Assis Araujo Bezerra. **O direito do idoso e o mútuo bancário: aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso**. Editora Dialética, 2021.

MACHADO, Analiza Maria Gomes; LEAL, Láydna Nandhara Barros. A proteção integral aos idosos e suas implicações na ocorrência de um dano afetivo. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**, v. 2, n. 1, 2018.

NÓBREGA, Vanessa Viana; DIÓGENES, Victor Hugo Dias; PEREIRA, Cinthyonara Targino. Participação da mulher idosa no mercado de trabalho brasileiro: impactos sobre a previdência social. **Anais**, p. 1-19, 2019.

OLIVEIRA, Daiane Santos et al. Avaliação de bem-estar psicológico e sintomas depressivos em idosos saudáveis. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, v. 20, n. 1, p. 187-204, 2020.

PAULA, Suellen; SILVA, Ana Lectícia. Alienação Parental Inversa e o Cabimento do Dano Moral. **Encontros de Iniciação Científica UNI7**, v. 9, n. 1, 2019.

PEREIRA, Irving Rahy; ARAÚJO, Marcella Bezerra; DOS SANTOS RIBEIRO, Maura Rayanna. A importância do psicólogo no processo de direito de família: Um estudo sobre a alienação parental. **Revista Encantar**, v. 2, p. 01-13, 2020.

PINHEIRO, Osvaldo Daniel; AREOSA, Silvia Virginia Coutinho. A importância de políticas públicas para idosos. **Revista Baru-Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos**, v. 4, n. 2, p. 183-193, 2019.

POLTRONIERI, Bruno Costa; SOUZA, Edinilsa Ramos de; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Violência e direito ao cuidado nas políticas públicas sobre instituições de longa permanência para idosos. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 23, 2019.

ROCHA, Georgia Barreira Fernandes. A importância das condições socioeconômicas na elaboração de políticas públicas voltadas à saúde do idoso. **Revista Longeviver**, 2019.

ROCHA, Josemara; BÓS, Ângelo José Gonçalves. **Perfil dos idosos e longevos do Brasil: análise da pesquisa nacional de saúde-IBGE 2013**. EdIPUCRS, 2021.

ROZENDO, Adriano; DONADONE, Juliana Cristina. Políticas públicas e asilos de velhos: grau de dependência em idosos institucionalizados. **Revista Kairós-Gerontologia**, v. 20, n. 1, p. 299-309, 2017.

SANTOS, Vanei Pimentel et al. Perfil de saúde de idosos muito velhos em vulnerabilidade social na comunidade. **Revista Cuidarte**, v. 9, n. 3, p. 4, 2018.

SILVA, Anna Cruz de Araújo Pereira et al. Conhecimento, Cidadania e Direito do Idoso: relatos pós-Lei nº 10.741/2003. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, v. 11, p. 45-55, 2019.

SILVA, Marli Ventura; ALMEIDA, Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos. Alienação parental. **JusFARO**, v. 3, n. 2, 2021.

SOARES, Tainá Kavashima. Alienação parental. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 1, n. 2, 2017.

SOUSA, Neuciani Ferreira da Silva et al. Envelhecimento ativo: prevalência e diferenças de gênero e idade em estudo de base populacional. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, 2018.

SOUZA, Vitória Salazar; DE OLIVEIRA, Patrícia Outeiral. O idoso vítima de alienação parental: a aplicação análoga da lei 12.318 de 2010. **Justiça & Sociedade**, v. 2, n. 1, p. 113-166, 2018.

TEIXEIRA, Solange Maria. Envelhecimento, família e políticas públicas: em cena a organização social do cuidado. **Serviço Social & Sociedade**, n. 137, p. 135-154, 2020.

VAGETTI, Gislaíne Cristina et al. Políticas públicas em saúde, violência, educação e assistência social para pessoas idosas no Brasil: revisão de escopo. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 8, p. e438985868-e438985868, 2020.

VELÔSO, Thelma Maria Grisi et al. Descrições sobre a velhice: a identidade terceira idade em depoimentos de idosos. **Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento**, v. 22, n. 3, 2017.

VIEIRA, Risalva Barbosa; GOUVEIA, Rildésia Silva Veloso. A Lei da Alienação Parental: Direito e Psicologia. **João Pessoa**, 2019.

WAQUIM, Bruna Barbieri; MACHADO, Bruno Amaral. A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO COSMOLOGIA VIOLENTA. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 19, n. 32, p. 202-227, 2021.

ZANATTA, Cleia; CAMPOS, Luís Antônio Monteiro; DA SILVA COELHO, Patricia Damiana. A pessoa idosa ea busca do sentido. Um olhar de esperança. **Revista da Abordagem Gestáltica: Phenomenological Studies**, v. 27, n. 1, p. 104-113, 2021.

AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA E A DIMINUIÇÃO DAS DENÚNCIAS

MARIE SAITO DE SOUZA: Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

RESUMO: Violência doméstica e familiar contra a mulher é “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo assim, a “violência doméstica” pode ainda ser definida como todo tipo de violência que é praticada entre os membros que habitam um ambiente familiar em comum. Pode acontecer entre pessoas com laços de sangue (como pais e filhos), ou unidas de forma civil (como marido e esposa ou genro e sogra). De posse destas informações, a violência doméstica subdivide-se em: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Também é considerada violência doméstica o abuso sexual de uma criança e maus tratos em relação a idosos. Toda violência doméstica é repudiável, mas os casos mais sensíveis são a violência doméstica infantil, porque as crianças são mais vulneráveis e não têm meios de defesa. Mesmo quando a violência doméstica não é dirigida diretamente à criança, esta pode ficar com traumas psicológicos. Muitos casos de violência doméstica ocorrem devido ao consumo de álcool e drogas, mas também podem ser motivados por ataques de ciúmes. A maioria dos casos verificados são de violência doméstica contra a mulher, mas também há casos de violência doméstica contra o homem. Todos os dias, a polícia recebe aproximadamente 2 mil queixas de pessoas que alegam ter sofrido violência dentro do contexto doméstico. Como em muitos problemas na nossa sociedade, a prevenção é muitas vezes a melhor solução. Muitos especialistas indicam que no caso da violência doméstica, o acompanhamento dos casais antes que o problema aconteça é crucial. Além disso, é importante que haja uma atuação imediata por parte de várias entidades quando aparecem os primeiros sinais de violência doméstica. No Brasil, a violência doméstica é um problema enfrentado predominantemente pelas mulheres. De acordo com o G1, a pandemia de Covid-19 foi um dos fatores que provocaram aumento da violência doméstica contra as mulheres no Brasil em 2020, como afirmou a ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damarens Alves. O objetivo desse trabalho é comparar estatísticas sobre o aumento das denúncias de violências domésticas contra as mulheres nesta pandemia.

Palavras-chave: Violência doméstica, Mulheres, Pandemia, Covid-19

ABSTRACT: Domestic and family violence against women is “any act or omission based on gender that causes death, injury, physical, sexual or psychological suffering and moral or property damage, therefore, “domestic violence” can still be defined as any type of violence. of violence that is practiced among members who inhabit a common family environment. It can happen between people with blood ties (such as parents and children), or civilly united (such as husband and wife or son-in-law and mother-in-law). With this

information, domestic violence is subdivided into: physical, psychological, sexual, patrimonial and moral violence. Also considered domestic violence is the sexual abuse of a child and mistreatment of the elderly. All domestic violence is reprehensible, but the most sensitive cases are domestic violence against children, because children are more vulnerable and have no means of defence. Even when domestic violence is not directed directly at the child, the child can be left with psychological trauma. Many cases of domestic violence occur due to the consumption of alcohol and drugs, but they can also be motivated by jealousy attacks. Most of the verified cases are of domestic violence against women, but there are also cases of domestic violence against men. Every day, the police receive approximately 2,000 complaints from people who claim to have experienced violence within the domestic context. As with many problems in our society, prevention is often the best solution. Many experts indicate that in the case of domestic violence, following up with couples before the problem happens is crucial. In addition, it is important that there is an immediate action by various entities when the first signs of domestic violence appear. In Brazil, domestic violence is a problem predominantly faced by women. According to the G1, the Covid-19 pandemic was one of the factors that caused an increase in domestic violence against women in Brazil in 2020, as stated by the Minister of Women, Family and Human Rights, Damara Alves. The objective of this work is to compare statistics on the increase in reports of domestic violence against women in this pandemic.

Keywords: Domestic violence, Women, Pandemic, Covid-19

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Um breve histórico da Lei nº 11.340/2006. 2. A mulher e a violência doméstica. 2.1. Tipos de violência. 3. O trabalho durante a pandemia. 3.1. Home Office e seu conceito em teletrabalho. 3.2. A mulher e a violência na pandemia. 3.3. O aumento da violência contra a mulher na pandemia. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1. Introdução

A violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito das relações íntimas e de afeto, tem sido um grave problema a ser enfrentado no Brasil.

Nos últimos anos o país tem visto se multiplicarem os casos e denúncias da prática deste crime, no entanto, uma das grandes barreiras para que haja um combate incisivo a estas violências reside na crença – equivocada - de que a mulher, culturalmente, está sob o domínio de seu cônjuge, companheiro, namorado e que tal “dominação” permite a prática de violências no contexto destes relacionamentos.

Nesse passo, por muito tempo as agressões e abusos diversos contra a mulher foram comuns na sociedade brasileira sem que houvesse uma resposta objetiva do Poder Público a fim de solucionar este problema, até que em maio de 1983 (um mil novecentos e oitenta e três) Maria da Penha Maia Fernandes sofrera de seu marido uma tentativa de

homicídio e a partir deste momento esta senhora que dá nome à lei iniciou sua busca incessante por justiça frente aos atos criminosos praticados por seu algoz.

Tendo como pano de fundo a história de Maria da Penha e a luta por leis que de fato trouxessem auxílio à mulher vítima de violência dentro de casa este estudo tem por objetivo, por meio de pesquisas bibliográficas, demonstrar dentro do contexto da pandemia de Covid-19 em que sentido a lei Maria da Penha avançou ou regrediu dentro da proteção à mulher.

1.1. Um breve histórico da Lei nº 11.340/2006

Na atualidade temos a Lei Federal nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, chamada de Lei Maria da Penha que, com base em um caso real, ocorrido em 29 de maio 1983, onde a vítima Maria da Penha Fernandes em virtude das agressões que sofrera de seu então marido, ficou paraplégica aos 38 anos. Esse caso se estendeu até 1998, quinze anos depois do crime pois não possuía desfecho, devido ao cenário de ineficiência do sistema judicial brasileiro. A partir deste caso, depois de muito tempo e após intensos debates a lei que até então se tratava de um projeto foi aprovada e se tornou lei federal.

A violência doméstica e familiar é a principal causa de feminicídio. Trata-se da violência que mata, agride ou lesa a mulher. Esse tipo de violência pode ser cometida por qualquer pessoa, inclusive por outra mulher, que tenha uma relação familiar ou afetiva com a vítima. Com isso, os agressores geralmente moram na mesma casa que a mulher em situação de violência. Pode ser o marido, o companheiro, pai, mãe, tia, filho...

De acordo com o artigo 5º, da Lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha):

“Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

O objetivo da lei é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conferindo proteção diferenciada ao gênero feminino, tido como vulnerável quando inserido em situações legais específicas elencadas pelo art. 5º: ambiente doméstico, ambiente familiar e relação íntima de afeto. A aplicação da Lei Maria da Penha criou uma proteção diferenciada para o gênero feminino, portanto, só terá incidência apenas quando a violência contra a mulher for executada em tais situações de vulnerabilidade.

E essa lei deixa claramente que são todas as mulheres que tem esse direito, de acordo com o artigo 2º, da Lei Maria da Penha:

“Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.”

Os dispositivos constantes da Lei Maria da Penha devem ser interpretados em favor daquela pessoa que mereceu maior proteção do legislador, no caso a mulher vítima de violência em uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto. Sendo assim, as mulheres encontraram uma maior proteção no sistema de justiça, e os agressores podem até ter a sua prisão preventiva decretada.

Neste âmbito, a Lei Maria da Penha define como agressão alguns tipos e não somente a física. Elas estão presentes no artigo 7º, que diz:

São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

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

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

prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

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.

Atualmente em meio à pandemia do COVID-19 os meios de denúncias estão mais acessíveis, tanto que o Governo Federal disponibilizou em seu sítio eletrônico alguns canais pelos quais as denúncias poderão ser realizadas, com acesso ao WhatsApp, número para ligar, diretamente pelo aplicativo “Direitos Humanos Brasil”, na página da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH) do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) com acessibilidade até para a Língua Brasileira de Sinais – mais conhecida como libras - também é possível mandar mensagens pelo aplicativo Telegram. Com a diversificação dos canais de atendimento, é possível ainda que, no sítio eletrônico a vítima de violência doméstica tenha acesso a um QR CODE onde poderá fazer o *download* de um aplicativo específico para denúncias. Ressaltando que todos podem denunciar, não precisa ser apenas a vítima.

Porém, existem mais formas de pedir ajuda. No começo da pandemia o Conselho Nacional de Justiça criou uma campanha intitulada “Sinal Vermelho”, onde a mulher que sofre violência doméstica desenha um “X” na palma da sua mão e discretamente mostra para as pessoas em sua volta como pedido de ajuda. No dia 10/02/2021 foi publicada uma matéria no “A cidade” jornal de Votuporanga – SP um pedido de socorro; o agressor e a mulher estavam na praça de alimentação do shopping de Fernandópolis – SP, a mulher pediu para retocar o batom e desenhou o símbolo na mão, os indivíduos presentes no local reconheceram o sinal e chamaram a polícia, o agressor foi preso em flagrante e encaminhado para o Distrito Policial.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) alertou que a pandemia dificultou as denúncias, já que as vítimas ficam com medo de denunciar pois, os agressores estão em casa e mesmo com essa dificuldade, as denúncias aumentaram 44,9% durante a pandemia. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) informou que o total de socorros prestados passaram de 6.775 para 9.817, essa comparação foi de março de 2019 e março de 2020, além disso também informaram que os feminicídios também subiram no estado de São Paulo, de 13 para 19 casos, ou seja, um aumento de 46,2%.

Em julho de 2020, o jornal “Diário da Região” publicou que apenas naqueles meses foram expedidas 579 medidas protetivas em São José do Rio Preto, para apenas 7 meses do ano foram expedidas muitas medidas, o que já é uma porcentagem muito boa, comparando à antigamente que a vítima não tinha ajuda nenhuma. As medidas protetivas estão cada vez aumentando mais, dando assim uma segurança maior as vítimas. Já que assim, o agressor não pode chegar perto.

O Governo Federal registrou 105 mil denúncias de violência contra a mulher nas plataformas do Disque 100 e do Ligue 180. Desse total de registros, 72% ou 75,7 mil denúncias são referentes a violência doméstica e familiar contra a mulher. O restante das denúncias, 29,9 mil ou 28%, são referentes a violação de direitos civis e políticos, por exemplo, como condição análoga à escravidão, tráfico de pessoas e cárcere privado.

Dentre mais de 349 mil denúncias que o Disque 100 e o Ligue 180 receberam em 2020, cerca de 30,2% são relacionadas a violência contra a mulher. A violência ocorre com todas as mulheres, mas, a maioria das denúncias tem como vítimas mulheres declaradas como de cor parda de 35 a 39 anos. O perfil médio das mulheres que sofrem violência, de acordo com os canais de denúncias são que elas possuem principalmente ensino médio completo com renda de até um salário mínimo; já se tratando dos suspeitos, o perfil é de homens brancos com idade entre 35 e 39 anos.

Segundo o Correio Braziliense, em outubro 2020, a cada 2 minutos, uma mulher é agredida no Brasil. Em meio a pandemia, de acordo com o monitor da violência doméstica e familiar contra a mulher no período de isolamento, o Instituto de Segurança Pública (ISP), eram quase 120 mil casos de lesão corporal em decorrência de agressão doméstica.

Por outro lado, as denúncias despencaram de acordo com o levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), no período entre março e maio de 2020 a queda foi de 27%, em comparação com o mesmo período do ano de 2019.

De acordo com a advogada criminalista Hanna Gomes, as mulheres foram as mais afetadas pelo isolamento social, muitas passaram a conviver com o agressor dentro de casa e sem grandes possibilidades de escape. Hanna também explicou que é difícil evitar as agressões quando o inimigo é alguém próximo, reforçou também que muitas vezes, essas

agressões vêm de uma pessoa pela qual se nutre algum afeto. Sendo assim, ficou muito mais difícil de se denunciar, já que no período de isolamento o agressor está na residência num período maior de tempo.

Com a pandemia, as vítimas acabam tendo sua rede de apoio comprometida, em virtude das medidas de quarentena, além de ter de conviver com o agressor. Muitas delas também não sabem para onde correr, quando decidem romper o ciclo de violência, que geralmente abrange aumento da tensão entre vítima e agressor, a consumação da violência e demonstrações de arrependimento e perdão por parte do agressor.

2. A mulher e a violência doméstica

Ao se referir à violência, compreende-se que se trata de um fenômeno complexo, que existem diversas perspectivas.

No entanto, destaca-se o assédio contra a mulher, como uma conduta abusiva que por uma sucessão de acontecimentos, afeta, sobretudo, a esfera psíquica e física da vítima.

A violência contra as mulheres é um ato costumeiro no casamento, desde os tempos medievais, nos quais as mesmas eram representadas pelos homens, sendo consideradas como um símbolo de desvalorização social.

A figura feminina era reprimida por sua sexualidade, e restrita de diversos direitos por ser caracterizada como incapaz, inexistindo a proteção legal às mesmas na época. Em 1985, foi criada a primeira Delegacia de Atendimento Especializada à Mulher (DEAM), no Estado de São Paulo, com objetivo de promover amparo às mulheres. Após a Constituição Federal de 1988, ocorreu ampliação nos direitos das mulheres, e somente no ano de 2006 foi sancionada a Lei Maria da Penha para prevenção e punição da violência doméstica, tendo ainda como complemento, a criação da Lei 14.022/2020, por meio da PL 1.291/2020 da relatora Rose de Freitas, após a ascensão da pandemia provocada pelo Coronavírus e aumento relevante dos casos de violência doméstica.

Atualmente, a desigualdade de gênero é a principal causa de violência contra a mulher, no qual se destaca uma relação de incompatibilidade de poder, em que os comportamentos e escolhas são limitadas para a figura feminina.

Sabe-se que, em muitos casos, as mulheres ficam ao lado do agressor por falta de recursos financeiros, constrangimento, medo, bem como para a proteção dos filhos, e sistematicamente, ocorre o feminicídio por desconsiderar a dignidade da vítima enquanto mulher.

Marli da Costa e Quelen de Aquino (2011) analisa o tema sobre o seguinte ponto de vista: “a violência contra a mulher é um problema de relevância social, pois se refere

não só às questões de criminalidade, como principalmente destaca-se como verdadeira afronta aos direitos das mulheres”.

À vista disso, refletindo um vasto problema social, criminal e de saúde pública, interpreta-se que a violência, ao longo de muitos anos atinge principalmente as mulheres, no qual ocorre de forma oculta, minuciosa e subentendida, estando presente em gestos, palavras, assim como no silêncio, de maneira que desrespeita princípios e direitos da figura feminina.

É possível considerar que, a violência doméstica contra vítimas do sexo feminino, muitas vezes parece pouco comovente, pelo fato de ser vista como algo natural para quem adquire encorajamento para praticar algum tipo de agressão.

Considera-se, que independente da investida que seja interpretada como desrespeitosa e feita sem a permissão da mulher, seja esta prestada em qualquer circunstância, é inaceitável e configura violência. Diante disso, conclui-se, que inexistente momento específico para resultar violência contra a mulher.

2.1. Tipos de Violência

A violência é caracterizada, de maneira concreta ou ameaça, pelo uso proposital da força física ou poder, podendo ser provocada contra si, outra pessoa, ou contra um determinado grupo, no qual proceda ou tenha viabilidade de proceder dano psicológico ou corpóreo, insuficiência de desenvolvimento, ou até mesmo resultar a morte.

Acerca da violência doméstica, observa-se que a Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, dispõe que a violência doméstica contra a mulher, se caracteriza a qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Dessa forma, em concordância com o artigo 7º da Lei 11.340/2006, entende-se que a violência doméstica apresenta diferentes formas, sendo estas tipificadas como violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial.

Portanto, é possível compreender que as mulheres vítimas de agressões domésticas, sofrem principalmente a violência física e psicológica, na qual na maioria das vezes, as mesmas manifestam reações pela agressão sofrida com vergonha e sofrimento. Assim, aborda-se, no presente artigo, a definição e as características sobre as principais violências que as mulheres enfrentam.

A violência física, é representada como qualquer comportamento que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, de modo que o agressor fere a vítima, com o uso da força física, podendo provocar lesões internas e externas. Esta violência, pode ser

manifestada de diversas formas, seja como tapas, queimaduras, estrangulamentos e até mesmo como danos à integridade decorrentes de negligência, identificados como omissão de cuidados e de proteção em situações de perigo.

No tocante, a violência psicológica é caracterizada como qualquer conduta que cause danos emocionais e psíquicos à mulher, de modo que prejudique o desenvolvimento da mesma. Esta espécie de violência, pode ser demonstrada principalmente através de ameaças, desvalorização, exploração, bem como por insultos constantes.

3. O trabalho durante a pandemia

A pandemia do COVID-19, trouxe um novo cenário mundial com diversas alterações em diversos campos da vida do ser humano, interferindo, diretamente, no desenvolvimento de suas relações sociais. No campo profissional, a principal medida determinada para a situação de calamidade pública do novo vírus, foi o isolamento social.

O Governo Federal editou a Medida Provisória 927/2020 (caducada em julho/2020), com a ampliação e adaptação das possibilidades de trabalho à distância, citando o teletrabalho/home-office. Com essa nova perspectiva, os empregadores teriam a opção de alterar o ambiente de trabalho dos empregados para o modelo remoto, independentemente de diálogos ou negociações.

O trabalho remoto veio como uma necessidade sanitária e para muitos uma solução muito bem recebida devido a comodidade e economia, no entanto, também trouxe pontos negativos como por exemplo, a eliminação dos direitos do trabalho e implicações para a saúde de diversos trabalhadores, principalmente as mulheres que precisam se organizar entre trabalho, cuidados com casa e família. Diante desse novo cenário, o presente capítulo traz uma breve observação do trabalho feminino à distância durante a pandemia da COVID-19.

3.1. Home Office e seu conceito em teletrabalho

O conceito de teletrabalho é definido por vários autores que concordam que o modelo envolve trabalhar remotamente em relação ao empregador por uma parte do tempo significativo e com recursos eletrônicos. (COSTA, 2004; SOBRATT, 2013; RESEDÁ, 2007; FELSTEAD et al.,2003).

Também concordam sobre o uso das novas tecnologias como característica do trabalho remoto os autores Van Horn e Storen (2000, p.3), dizendo que "trabalhar em casa, longe do local de trabalho do empregador, usa-se essencialmente recursos da tecnologia de informação, tais como a internet, computadores ou telefones", também Lafferty e Whitehouse (2000, p. 236), concordam e dizem que "o uso da tecnologia de comunicação e da computação contribuem para trabalhar longe de um local central".

Segundo o relatório da SOBRATT (2013) as atividades remotas existem há muito tempo sendo executadas de várias formas e possuindo várias rotinas. Vendedores, consultores, acadêmicos, caracterizadas por adaptações feitas que incluam questões de logísticas, mobilidade, custos, rapidez e eficiência.

O teletrabalho recebe alguns outros nomes: trabalho na era virtual, o trabalho da era da informação, o trabalho na organização virtual, o local de trabalho da era da informação.

O trabalho a distância não determina um local específico para trabalhar, isso é definido de acordo com as características das atividades desenvolvidas pelo trabalhador e das necessidades da empresa. O teletrabalho pode ser desenvolvido no domicílio do trabalhador, em escritórios descentralizados da própria empresa, em áreas gratuitas ou pago de utilização de computadores e acesso à Internet (telecentros, cybercafés, bibliotecas, centros de convivência etc.), das salas de espera ou mesmo do escritório de clientes. (SOBRATT, 2013 p. 147)

Outras características são apresentadas para se conceitualizar a forma de trabalhar como teletrabalho, segundo Nilles (1997) o teletrabalho foi introduzido na década de 1970 como um meio de relevante contribuição para empregados em viagem.

Day e Burbach (2011) apresentam em seus estudos semelhante conclusão a respeito desta afirmação e concordam que as novas tecnologias da informática (TIC) são utilizadas para a comunicação dos trabalhadores que viajam a trabalho explicando que elas permitem a interação uns com os outros virtualmente.

Resedá (2007) ao estudar sobre o assunto comenta que não é de hoje que o Teletrabalho é utilizado como uma nova forma de exercício da atividade em vários países e explica que no Brasil as empresas estão se rendendo a esta forma de exercício da atividade, aceitando discussões para encontrar propostas na legislação trabalhista onde caberiam: inclusão de pagamento de horas extras, vale alimentação, adicionais que cubram gastos com serviços e com equipamentos.

O fenômeno do teletrabalho e o trabalho em domicílio home-office tornaram-se frequentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. Aborda Cavalcante e Jorge Neto (2012) no âmbito jurídico trabalhista considerando dados relevantes cruzados pela SOBRATT.

A partir de dados gerais sobre o acesso dos brasileiros a computadores e a Internet levantados por diferentes pesquisas de diferentes instituições (PNAD/IBGE, TIC Domicílios, TIC Empresas, Painel IBOPE/NetRatings), [...] foi realizado alguns cruzamentos que

permitem fazer uma estimativa também genérica de que o Brasil, conta com aproximadamente 10 milhões e seiscentos mil teletrabalhadores em 2008. [...] (CAVALCANTE e JORGENETO, 2012 p. 38).

A SOBRATT realizou em 2011 o I Seminário de Teletrabalho na Cidade de São Paulo, sendo participantes a Prefeitura do Estado de São Paulo e FIESP -Federação das Indústrias do Estado de São Paulo para discussões sobre os temas Teletrabalho, empregabilidade de pessoas com deficiência física ou mental e oportunidades de trabalho.

Nesse seminário onde a discussão permeou as vantagens possíveis de serem obtidas pelas pessoas e pelas empresas que adotarem o home-office, houve um discurso otimista quanto à integração e inclusão de pessoas. As explicações foram muitas, incluído dado histórico das tecnologias do passado em uma linha do tempo ocorrido nas últimas três décadas, onde máquinas de escrever e calculadora de mesa eram importantes ferramentas de trabalho, há menos de vinte anos os e-mails não eram populares, há menos de dez anos não havia vídeos online nem redes sociais e poucas pessoas utilizavam smartphone há cinco anos.

Hoje com a acessibilidade e popularidade dos softwares e suas operações serem simples, permitem interações pessoais e profissionais com rapidez e agilidade, economia e pouco impacto ambiental. Os resultados comparativos entre empresas atuais que possuem suas estruturas empresariais e operacionais em grandes centros urbanos foram estimulados no discurso onde foram apresentadas reais vantagens para quem adotar o home-office, pelos ganhos em competitividade e baixos impactos ambientais causados pela locomoção dos funcionários.

As empresas governamentais assinalaram também sentirem a necessidade de estarem atualizadas com inovações e soluções inteligentes que tragam benefícios para sociedade e meio ambiente (SOBRATT, 2013).

3.2. A mulher e a violência na pandemia

Devido ao cenário vivido atualmente, e o rápido avanço da pandemia do COVID-19, o aumento de pessoas que passaram a trabalhar na modalidade de Home Office é significativo, e ao adotarem tal modalidade, tiveram por consequência, o convívio familiar mais frequente e o agravo das agressões sofridas pelas mulheres.

Respeitando as medidas de restrição e isolamento, a fim de diminuir a propagação do vírus, muitas mulheres, apesar de chefiarem suas famílias, enfrentam o medo de contaminação e o confinamento em casa, um local que deveria ser seguro nesta época de pandemia, mas que infelizmente não é esta a realidade.

3.3. O aumento da violência contra a mulher durante a pandemia

Grande parte das mulheres sempre esteve em múltiplas jornadas de trabalho, além do trabalho doméstico desempenhado e criação dos filhos, gerando uma situação de muita pressão psicológica e estresse, fatores que podem desencadear os eventos de agressões físicas e psicológicas de seu parceiro íntimo. Durante o período de pandemia, as mulheres encontram-se muitas vezes em situação de vulnerabilidade, uma vez que estão distantes de suas redes de proteção social, assim reduzindo a possibilidade de buscarem ajudas, além de estarem em convivência constante com seu parceiro e agressor.

Violência contra a mulher é uma questão recorrente, e este contexto se intensificou com a pandemia. A violência doméstica, em sua grande maioria, tem como o principal agressor o próprio marido/parceiro íntimo da mulher. Vivendo em um ambiente vulnerável e inseguro, o compartilhamento de um mesmo espaço durante as 24 horas do dia com o companheiro, tem sido motivo de medo para muitas mulheres.

Apesar de ser uma forma mais prudente e segura para reduzir os casos de Covid-19, o isolamento tem ocasionado diversas consequências na vida de mulheres, tanto para as mulheres que já sofriam, quanto as mulheres que passaram a sofrer com a violência doméstica, resultante do convívio constante junto ao agressor.

A violência sofrida pelas mulheres resulta em dores e sofrimentos e abrange diversas formas, podendo ser física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. No entanto, essa violência pode ser evitada, embora muitas mulheres desconheçam os meios para sair da situação. Aline Brilhante (2020), professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Corina Mendes e Suely Deslandes, pesquisadoras do IFF/Fiocruz, durante um encontro de especialistas que ocorreu em 25/06/2020, apontaram que “o Brasil está entre o quarto e quinto lugar dentre os cinco países com maior número de feminicídios do mundo, o que demonstra uma histórica perpetuação de violência de gênero e de violências fatais contra as mulheres”.

A violência contra a mulher deve ser sempre debatida e combatida, desconstruindo os discursos que resultam dessa prática, orientando os profissionais de saúde envolvidos, para que possam desempenhar seu papel.

4. Considerações Finais

Por fim, podemos concluir que a violência doméstica e familiar contra a mulher possui raízes históricas e culturais no país e que por muito tempo não existiu ações afirmativas do Estado com vistas a mitigar a incidência dessas práticas criminosas.

No entanto isso mudou com o advento da Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, lei batizada como Maria da Penha, numa homenagem à vítima de violência doméstica chamada Maria da Penha Maia Fernandes. Com a referida lei, as mulheres vítimas

de violência no contexto doméstico e familiar encontraram a possibilidade de serem tuteladas pelo Poder Público, o que significou um grande avanço.

E de fato a Lei Maria da Penha foi um grande avanço no combate à violência contra a mulher, entretanto, ela tem encontrado barreiras em sua efetividade e aplicação devido a fatores diversos entre eles: a dependência emocional das vítimas com relação ao agressor, dependência financeira, manipulação e medo. Todas estas variáveis dificultam a aplicabilidade das sanções previstas na Lei Maria da Penha e com o surgimento da pandemia de Covid-19 esse cenário ficou especialmente pior, pois a presença do agressor constantemente em casa combinado ao medo de denunciar e das retaliações levaram à diminuição das denúncias e conseqüentemente esta diminuição levou ao aumento dos casos de agressão e do resultado extremo destas que é o feminicídio.

Por esse motivo, é de fundamental importância que, mesmo em meio à pandemia de Covid-19 estas mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sejam estimuladas a superarem o medo de denunciar e de sair deste relacionamento e possa assim viver uma nova vida, livre de abusos e agressões.

5. REFERÊNCIAS

BARROS, Leonardo. Teletrabalho e Home Office: Quais São as Principais Diferenças?. Tangerino Blog. Disponível em: <<https://tangerino.com.br/blog/departamento-pessoal/teletrabalho-e-home-office/#:~:text=A%20principal%20diferen%C3%A7a%20entre%20o%20teletrabalho%20e%20o,TEMPO%20DE%20LEITURA%20%3A%208%20minutos%20Leonardo%20Barros>>. Acesso em: 25 de nov. de 2021

BRASIL, Lei Federal nº 11.340, de 07 de ago. de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm#art44> Acesso em 14 de abr. de 2022.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Resolução nº 151, de 29 de maio de 2015. Incorpora a modalidade de teletrabalho às práticas institucionais dos órgãos da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, de forma facultativa, observada a legislação vigente. Republicada em cumprimento ao art. 20 da Resolução CSJT nº 308, de 24 de setembro de 2021. In: **JUSLABORIS**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/63630/2015_res0151_csjt_rep02.pdf?sequence=14&isAllowed=y>. Acesso em: 14 de abr. de 2022.

De Chiara, Marcia. Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%. **Estadão**, 01 de jun. de 2020 às 15h00. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40,70003320872>>. Acesso em 08 mai. de 2021.

MELLO, A. A. A. O uso do Teletrabaho nas empresas de Call Center e Contact Center multiclientes atuantes no Brasil: estudo para identificar as forças propulsoras, restritivas e contribuições reconhecidas In: Teses e Dissertações Biblioteca Digital da USP.2011. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-16082011-154156/pt-br.php>> .

MELO, Adriana Araújo Martins. Teletrabalho: uma alternativa de organização do trabalho no Superior Tribunal de Justiça. Brasília/DF. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/3522>>. Acesso em 18 de abr. de 2020.

NOGUEIRA, A. J. F. M. Gestão Estratégica das relações de trabalho. In: FLEURY, M. T. L. (Org). **As Pessoas na Organização**. São Paulo: Gente, p.115-132, 2002.

Pandemia, home office e a proteção do trabalho da mulher. **Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/-/pandemia-home-office-e-aprote%C3%A7%C3%A3o-do-trabalho-damulher#:~:text=%E2%80%9CMuitas%20foram%20demitidas%2C%20tiveram%20seus,a%20romantiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20home%20office>>. Acesso em: 25 de nov.2021

Principais Questões sobre Violência contra a Mulher na pandemia e após. **Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente**, 23 de out. de 2020. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia-e-pos-pandemia/>>. Acesso em : 25 de nov. de 2021.

ROSENFELD, C. L.; ALVES, D. A. de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **Revista de Ciências Sociais**, v. 54, n. 1, p. 207-233, 2011.

Teletrabalho (Telework): O Trabalho em Qualquer Lugar e a Qualquer Hora. São Paulo: Qualitymark, 1999

WEBER, Max. 1998. **Economía y Sociedad I**. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

O IMPACTO GERADO PELOS USUÁRIOS DE DROGAS NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

GABRIELA DUTRA BATISTA:
Graduanda do curso de Direito da
Universidade Brasil do Campus de
Fernandópolis/SP.

RESUMO: O presente artigo versa sobre analisar a ligação existente entre os crimes de furto e roubo com os usuários de drogas. A dependência química que acomete os usuários de drogas e, cumulada com o baixo custo para a sua aquisição, bem como o fraco poderio econômico dos mesmos, contribuem para que este seja um dos fatores que os irão levar a cometer crimes, tentando saciar o vício. Com base nos estudos, foi possível concluir que muitos dos crimes contra o patrimônio são usados com o intuito de sustentar o vício das drogas. Em vista disso, uma possível solução seria a criação de campanhas em escola de ensino médio e fundamental, com o objetivo de combater o uso de drogas e mostrar o malefício que o uso desta substância trás; a possibilidade de reabilitação aos que já estão inseridos no meio ilícito, mas que adquiriram a consciência do mal que o uso traz; e o trabalho de conscientização dos usuários que, ainda, não tem noção do caminho em que estão trilhando.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Política Criminal. Política Pública. Crimes Contra o Patrimônio. Drogas

ABSTRACT - This article is about analyzing the link between the crimes of theft and robbery with drug users. The chemical dependency that affects drug users, combined with the low cost of their acquisition, as well as their weak economic power, contribute to this being one of the factors that will lead them to commit crimes, trying to satiate the addiction. Based on studies, it was possible to conclude that many crimes against property are used to sustain drug addiction. In view of this, an possible solution would be the creation of campaigns in secondary and elementary schools, with the aim of combating drug abuse and show the harm that the use of this substance brings; the possibility of rehabilitation for those who are already involved in the illicit environment, but who have acquired awareness of the harm that use brings; and the work of raising awareness among users who are still unaware of the path they are taking.

KEYWORDS: Criminal Law. Criminal Policy. Public Policy. Crimes Against Property. Drugs

INTRODUÇÃO

Conforme pesquisas feitas e estudos em doutrinas, os crimes contra o patrimônio (principalmente o furto) possui como combustível base o suprimento do vício em entorpecentes. Entretanto, tal fato não é compartilhado na política criminal brasileira, pois o viciado em drogas processado pela justiça criminal, após delinquir contra patrimônio alheio, recebe uma reprimenda penal, geralmente, uma pena privativa de liberdade.

O panorama atual dos estabelecimentos prisionais brasileiro é crítico. A realidade é que estão em situações que beiram ao caos, sem que ao menos haja uma solução satisfatória para o futuro. Neste contexto, a Justiça Terapêutica surge como uma solução. Ela não prima pela exclusão da aplicação da pena privativa de liberdade ou da restritiva de direitos, trata-se de medida complementar, cujo intuito é ajudar o usuário, tanto aquele que tem já tem consciência do mal que a droga o faz, quanto aos que, ainda, não conseguiram ter essa noção.

A Justiça Terapêutica pode ser conceituada como o programa judicial, que compreende um conjunto de medidas voltadas para a possibilidade de se permitir que infratores usuários ou dependentes químicos, tenham a faculdade, salvo exceções, de entrar e permanecer em tratamento médico ou receber outro tipo de medida terapêutica, em substituição ao andamento de processo criminal ou à aplicação de pena privativa de liberdade, quando da prática de delito de menor potencial ofensivo, relacionado ao consumo de drogas, nos casos em que a lei possibilitar.

É importante ressaltar que, na própria Lei de Drogas, está presente o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que foi instituído pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, e prescreve medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

O consumo de drogas é fato que ocorre mundialmente, sendo considerado um assunto ainda difícil de ser tratado e abordado. O Brasil segundo dados da OMS (Organização Mundial da Saúde), é o segundo maior consumidor de cocaína e derivados, atrás apenas dos Estados Unidos, e ao todo, mais de 6 milhões de brasileiros já experimentaram cocaína ou derivados ao longo da vida. O uso indevido de substâncias químicas tem afligido diversas famílias, não escolhendo grupo, faixa etária ou classe social e sendo um desafio apresentar políticas públicas que tragam repostas eficazes como forma de reinserir o ex-usuário ou dependente químico.

A reintegração exige ainda que a população se conscientize e trate o indivíduo com respeito sem excluí-lo da sociedade, e sem nenhum tipo de preconceitos.

Não podemos falar apenas em reintegração, como também é de suma importância as atividades de prevenção realizadas no meio social, realizando trabalhos de conscientização para aqueles que ainda não foram inseridos no mundo das drogas.

É significativo evidenciar que, as Comunidades Terapêutica tem como objetivo fazer com que a pessoa interrompa completamente o consumo de drogas a partir do modelo da abstinência. Um dos exemplos seria o CAAD (Centro de Acolhimento e Atenção Integral sobre Drogas), acolhimento realizado por profissionais capacitados, que direcionam o atendimento de acordo com as especificidades de cada caso.

Tratando-se a ligação que existe entre os Crimes Contra o Patrimônio e as Drogas, os crimes de furto e roubo, que são os nortes deste trabalho de conclusão de curso, aparecem caracterizados nos artigos 155 e 157, os quais serão descrito abaixo.

1. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Neste capítulo, inicialmente, será realizada uma abordagem sobre a tipificação penal dos crimes contra o patrimônio apresentados na pesquisa (furto e roubo), conceituando-se de maneira simples.

Segundo o Código Penal, em seu Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

Coisa alheia seria o objeto material do crime, conforme Caput do artigo 155, especificando Capez (2016, p. 425), é o patrimônio que se encontra na posse de outrem, proprietário ou possuidor. Para tanto, não se encaixa nessa situação a coisa sem dono (res nullius), a coisa abandonada (res derelicta) e a coisa perdida (res deperdita). Segundo Capez (2016, p. 423), a tutela penal, no delito de furto, tem por objeto material a coisa móvel, ou seja, toda substância material, corpórea, passível de subtração e que tenha valor econômico. E explica, ainda, que a coisa tem de ser móvel, podendo ser transportada de um local para outro, sem separação destrutiva do solo.

Para Capez (2016, pp. 425 e 426), por se tratar de crime comum, qualquer pessoa pode praticá-lo, pois a lei não exige qualquer condição mínima especial do sujeito ativo. Ao passo que, no sujeito passivo, qualquer pessoa física ou jurídica que tenha a posse ou a propriedade do bem se encaixa.

O crime de roubo, previsto no artigo 157 do Código penal, tem a seguinte definição: Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à

pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

O crime de roubo constitui crime complexo, pois é composto por fatos que individualmente constituem crimes, que são o crime de furto, somado ao crime de constrangimento ilegal, somado, ainda, ao crime de lesão corporal leve, quando houver. Em que pesem tais crimes contra a pessoa integrarem o crime de roubo, este foi inserido no capítulo relativo aos crimes patrimoniais, tendo em vista que o intuito final do agente é a subtração patrimonial (CAPEZ, 2016).

Conforme previsto no Código Penal, em seu artigo 157, o crime de roubo pode ser chamado de próprio ou impróprio.

Roubo próprio, conforme disposto no caput do artigo, trata-se da subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. No roubo impróprio, constante no §1 especifica-se que “logo depois de subtraída a coisa, emprega a violência ou grave ameaça...”, ou seja, como também especifica Jesus (2012, p. 376), a distinção entre roubo próprio e roubo impróprio está no momento em que é empregada a grave ameaça ou violência contra a pessoa.

Conforme Capez (2016, p. 460), sujeito ativo de tal crime pode ser qualquer pessoa, pois se trata de crime comum, e qualquer um pode praticá-lo, com exceção do possuidor ou proprietário do bem.

Ambos são crimes em que a Ação Penal é Pública Incondicionada, sendo o Autor da ação o Ministério Público.

2.DROGAS

Lei das Drogas, oficialmente Lei 11.343/06. A referida lei tem aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tratando-se, portanto, de um diploma legislativo de caráter nacional, e, conforme já mencionado ela institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas (SISNAD).

2.1DROGAS E O USUÁRIO

Segundo a Lei n. 11343/2006, no parágrafo único do seu artigo 1º, tem-se um breve conceito de drogas. Especifica que se consideram drogas as substâncias ou produtos

capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo poder executivo da União.

A lei deixa clara a intenção de conferir tratamento jurídico diferente do usuário e ao traficante de drogas. Sob a premissa de que a pena privativa de liberdade, dependendo do caso concreto, não contribui para o problema social do uso indevido de drogas.

Conforme o ponto de vista legal da Lei, um usuário de drogas é todo e qualquer indivíduo que quando não autorizado ou incompatível com leis ou regulamentos, tem a posse de drogas para consumo pessoal, armazenamento, transporte ou quaisquer outros fins.

Há várias formas de indentificar o usuário com o traficante, um bom exemplo seria a quantidade de drogas apreendida.

Outros exemplos para a diferenciação seria a balança de precisão, ela é usada para pesar a droga e entregar na medida exata para cada usuário, deste modo, não teria sentido um usuário possuir uma balança de precisão.

E através destes elementos, o juiz analisa á cada caso concreto, circunstâncias fáticas, e decide tratar-se de consumo pessoal ou tráfico de drogas, e após, aplicando a medida cabível a cada circunstância. Há vários julgados em que o sujeito é denunciado como tráfico de drogas, e ao chegar nas audiências de instrução e julgamento, o juiz desclassifica o tráfico de drogas para o uso próprio.

Seguindo a linha de raciocínio para critério de avaliação, Lima explica (2016, p. 706) os dois sistemas legais utilizados pelos diversos ordenamentos jurídicos para distinguir o usuário do traficante. Um deles seria o sistema de quantificação legal, em que se estipula um quantum diário para o consumo pessoal, logo, caso o agente não obtenha quantidade superior à estabelecida, não há o que se falar em tráfico de drogas. A outra situação, esta adotada pelo sistema brasileiro, seria o sistema de quantificação judiciária, em que o juiz analisa o caso concreto e, através das circunstâncias fáticas, decide tratar-se de consumo pessoal ou tráfico de drogas.

Falando sobre o tráfico de drogas, diferente do crime de uso/posse, tem uma punição mais severa, e a sua especificação é trazida pela mesma Lei (11.343/06), em seu artigo 33. E, conforme especifica Lima (2016, p. 731), também se encaixa no conceito do crime de tráfico quem financia ou custeia a prática de qualquer um dos atos mencionados nos artigos referidos. Para a consumação do crime previsto no referido dispositivo legal, basta a execução de qualquer das condutas previstas no artigo 33 da citada lei, quais sejam:

importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas.

3.RELAÇÃO DOS CRIMES DE FURTO E ROUBO COM O USUÁRIO DE DROGAS

O viciado em drogas, começa a furtar e até mesmo roubar na sociedade inclusive dentro de sua própria família, no interior de sua residência. Posteriormente ele começa a furtar pequenos objetos de valor que trocará por droga, e esta atitude só irá evoluir, a cada dia que o vício aumentar os crimes irão crescer juntamente.

O usuário de drogas irá na “boca” de droga com um objeto furtado e o repassará para o traficante, este receptor, por um valor insignificante em relação ao valor devido deste determinado objeto, pois o comerciante desta droga sabe da necessidade do usuário e irá explorar esta situação. Assim como os usuários de drogas evoluem no vício, começam com drogas mais leves, por exemplo, cigarros de maconha e vão até o crack, esta droga com um poder muito mais devastador, também evoluem na forma de furtos e roubos.

Quando suas famílias começam a reprimir o usuário de drogas, este passará a furtar em outras casas e posteriormente irá avançar no mundo do crime. Ele parte, então, para a criminalidade na rua. É o assalto na sinaleira e nos comércios locais, muito comum em zonas urbanas. Cabe acrescentar que muitas vezes o próprio traficante ajuda incentivando o usuário de drogas a cometer o crime de roubo, furto, receptação, fornecendo até mesmo mecanismos, objetos como por exemplo a arma para tal delito.

São inúmeros os problemas que o preconceito contra dependente químico pode promover na vida deles. Aliás, é importante reforçar que o vício por uma droga não envolve apenas riscos para o organismo da pessoa, mas também engloba uma série de fatores externos com a saúde mental e psicológica do viciado.

O preconceito continua até mesmo quando o usuário está livre das drogas e deseja reingressar no mercado de trabalho novamente. Por se tratar de um ex-usuário a sociedade já age de forma totalmente preconceituosa.

O dependente também passa a ser excluído de seus ciclos de amizades e distanciado pela família, ficando assim mais difícil as suas chances de recuperação. Boa parte disso não está atrelada apenas aos efeitos ou às consequências do consumo das substâncias, mas sim ao preconceito e à falta de atenção e de tratamentos adequados.

Infelizmente, em muitos casos, o preconceito contra o dependente químico começa em casa e pelos familiares, que deveriam servir como o porto seguro daquela situação. Evidentemente que o desafio é grande, e as consequências de uma dependência atingem a todos. Porém, o papel da família é mais do que fundamental e, quase sempre, é o ponto principal para o início de uma mudança. A família deve, como exemplos, inseri-lo em grupos de apoio, trocar informações com outras famílias na mesma situação, buscar apoio e suporte profissional, entre outros.

A prevenção baseia-se na ideia de intervir para impedir a ocorrência de um problema ou agir antecipadamente para evitar que um problema pior aconteça, e assim também podemos aplicar nos casos de drogas.

A lei 11.343 de 2006, além de prever as espécies de punição ao usuário de drogas e ao traficante de drogas, prevê ainda as formas de tratamento ao dependente químico. Tal legislação consolidou alterações profundas, como por exemplo a implantação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o qual possui o objetivo principal de organizar e regulamentar as atividades de prevenção e reinserção social dos usuários, bem como a ideia de reprimir a produção e a mercancia das drogas tornadas ilícitas

Objetivando promover a prevenção ao uso de drogas tornadas ilícitas, o SISNAD em seu artigo 3º, determina que tem por finalidade articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção e a repressão, e o objetivo de contribuir, promover e assegurar a inclusão social e a socialização e a reinserção social dos usuários, estabelecido em seu artigo 5º do mesmo diploma legal. Resta assim demonstrado que a principal peculiaridade e objetivo do SISNAD não é a de promover a punição dos usuários de drogas, mas sim os de prevenção, acolhimento e tratamento.

A comunidade terapêutica surgiu na Grã-Bretanha na década de 1940. Inicialmente, foi utilizada para atenção a pessoas com problemas psiquiátricos crônicos a partir da experiência com militares que haviam retornado da guerra com problemas, predominantemente, psicológicos, que eram tratados por psiquiatras em alas especiais de hospitais gerais, e hoje se encontra inserida na Lei de Drogas. Elas oferecem acolhimento de pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas.

Devemos notar que há uma distinção entre a pessoa ser traficante, um mercador profissional de drogas, e outra muito diferente é estar traficando para conseguir manter seu vício. Um é mercador criminoso, o outro é vítima da sua subserviência à droga, por

esta razão digo, quem trafica para sustentar seu próprio vício é um dependente, devendo ser estendido á ele, todo o tratamento que um usuário teria.

É necessário não perder de vista a indispensável precisão na diferenciação entre a pessoa do dependente ou “do pequeno traficante” e do traficante profissional. E para que isso ocorra com acerto, quanto mais informação e aprimoramento sobre os hábitos, as práticas e a maneira de viver de um dependente, menos possibilidades de incorrerem em injustiça, propiciando ao dependente uma oportunidade de restauração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo demonstrar um dos maiores problemas que assolam os lares brasileiros, seja direta ou indiretamente: o uso de drogas. Neste cenário, percebe-se o quanto essa questão apresenta raízes sociais que conduzem a atitudes violentas e a condutas repressivas, principalmente relacionadas às comunidades periféricas.

Verificamos uma relação direta entre o uso de entorpecentes e o índice de criminalidade, uma vez que o usuário pratica diversos atos ilícitos a fim de obter o seu produto de consumo.

O Brasil, assim como ocorre no sistema norte-americano, lida com a questão das drogas de forma repressiva e punitiva, por meio de atitudes que não alcançam os resultados almejados, mas sim, terminam por manter a criminalidade ao contribuir com o ciclo vicioso do uso/compra/venda de drogas. Nesse contexto, os mesmos usuários anteriormente condenados, se não forem devidamente tratados em seu vício, irão cometer novamente diversas outras atrocidades com o seu objetivo principal: utilizar a droga repetitivamente.

O dependente tem a sensação de viver em um mundo sem limites, a princípio deslumbrante, que ocupa o vácuo deixado pelo Estado, mas depois trai cada um de seus seguidores, oferecendo-lhes uma vida perdida, sem dignidade, mergulhada nos vícios e em uma violência desenfreada, que acaba tirando tudo aquilo que um dia sonharam, não dando razões para suas existências.

O usuário de drogas tem que ser tratado como uma pessoa doente e, por consequência, seu enfrentamento dos danos causados pelas drogas deve ser como tal, mediante tratamento médico psiquiátrico. Além disso, precisam ter um acompanhamento por parte de profissional da área da saúde devido ao fato de serem dependentes químicos, na tentativa de serem reincluídos na sociedade.

Estas pessoas que possuem estes vícios, na maioria das vezes não comandam suas próprias atitudes, de modo a influenciar na vida de diversas pessoas ao seu redor, já que irão fazer o que for possível para poder saciar seu vício.

Por fim, mas não menos importante, não restam dúvidas sobre o papel predominante e essencial da educação formal. Já nas fases iniciais, as escolas deveriam possibilitar a visita de pessoas especializadas na área de saúde e prevenção de crimes para, de acordo com a idade dos alunos, esclarecerem as mais diversas dúvidas sobre o consumo de drogas e penalização.

Diferentemente do modo atual, que não é obrigatório, se faz necessário a obrigatoriedade nos meios educativos de programas de ensino acerca dos inúmeros malefícios e implicações sociais do uso das drogas. As crianças e os adolescentes precisam saber desde cedo os perigos a que estão sujeitos neste mundo cruel – o mundo das drogas –, através de profissionais gabaritados para este assunto de tamanha importância para todas as famílias brasileiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

Capez, Fernando. Curso de direito penal, v. 2, parte especial. Fernando Capez. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal / Renato Brasileiro de Lima. Salvador : JusPODIVM, 2016.

Jesus, Damásio E. de (Damásio Evangelista de), 1935-2020. Código de processo penal anotado: acompanhado de legislação complementar, súmulas do STF e do STJ, exposição de motivos, lei de introdução e índice alfabético-remissivo do Código de processo penal. 25. ed. Saraiva, 2012.

G1 - Brasil é o 2º consumidor mundial de cocaína e derivados, diz estudo. Disponível em: <http://glo.bo/Q8wW1c>.

Código Penal – Decreto Lei 2848.

DIREITO AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DOS MOTORISTAS DE ÔNIBUS NA CIDADE DE MANAUS

TAYNARA CASCAES ABENSUR:
Bacharelanda em Direito pela
Faculdade Metropolitana de Manaus –
FAMETRO

ANTÔNIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO⁸⁷

(orientador)

RESUMO: Considerando a importância da profissão do motorista de ônibus na sociedade, que precisa dirigir com segurança, zelo e responsabilidade para transportar os passageiros que utilizam desse meio de transporte todos os dias, o presente artigo visa expor alguns riscos ocupacionais ao qual os profissionais dessa categoria estão expostos, que podem acabar por prejudicar a sua qualidade de vida, saúde e bem estar por estarem sujeitos diariamente, em seu ambiente de trabalho, a agentes físicos como ruídos, calor excessivo e vibração, identificando como esses agentes podem ser considerados insalubres para a profissão. O intuito principal do presente artigo é tentar demonstrar se os motoristas de ônibus da cidade de Manaus fazem jus a percepção do adicional de insalubridade ou não em virtude da presença dos agentes nocivos à saúde desses profissionais e quais as medidas a serem tomadas para evitar que tais agentes insalubres, se presentes no meio de trabalho, sejam eliminados ou neutralizados.

PALAVRAS-CHAVE: Motorista. Insalubridade. Manaus. Transporte. Saúde. Direito do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Cerca de 600 mil pessoas utilizam o transporte público diariamente em Manaus e cabe ao motorista dos ônibus coletivos a condução com zelo e segurança desses passageiros para os mais diversos locais dentro da cidade, o que demonstra a importância dos profissionais dessa área, que devem prezar pela segurança das vidas que transporta.

No entanto, ao analisar o meio ambiente de trabalho dos motoristas de ônibus da cidade de Manaus fica perceptível que a profissão carrega alguns riscos ocupacionais, no qual os motoristas ficam expostos a diversos agentes potencialmente insalubres, como por exemplo ruídos, vibrações e principalmente calor intenso não apenas em virtude da condição climática da capital Amazonense como também ao calor proveniente do motor do ônibus, este que fica localizado ao lado da cadeira do motorista, o que acaba por

⁸⁷ Professor orientador do curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO. E-mail: antoniodelucena@hotmail.com

potencializar o agente insalubre do calor tendo em vista que a grande maioria das frotas de ônibus de Manaus não possui ambiente climatizado.

Tendo por relevância o âmbito do Direito do Trabalho que valoriza um ambiente de trabalho sadio e hígido aos trabalhadores, bem como a Constituição Federal de 1988 e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado como um dos fundamentos e preceitos basilares do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, inciso III da CF de 88, e considerando que o transporte público se enquadra como um serviço público essencial, se faz necessária uma análise para verificar as condições de trabalho as quais os motoristas de ônibus estão sujeitos, pois acaba afetando não apenas na saúde e qualidade de vida desses profissionais como também a toda a população urbana que utiliza diariamente o transporte público.

Assim, o presente artigo busca entender quais são os agentes insalubres que os motoristas do transporte coletivo da cidade de Manaus estão expostos em seu meio de trabalho e qual o impacto desses agentes no cotidiano dos motoristas para que, sabendo quais são, demonstrar para as partes envolvidas possíveis formas de transformar o local de trabalho atual em um meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado, assim como garantir que o direito constitucional ao adicional de insalubridade aos profissionais desta área esteja sendo observado.

2 DIREITO AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DOS MOTORISTAS DE ÔNIBUS NA CIDADE DE MANAUS

2.1 Do direito social a saúde e ao adicional de insalubridade na Constituição Federal Brasileira de 1988

Primordialmente, cabe destacar que, desde o preâmbulo da nossa Carta Maior de 1988, não há dúvidas acerca de como deverá ser norteado a ordem jurídica brasileira, que tem como base pilar para o desenvolvimento da sociedade a garantia de exercício dos valores sociais e na pessoa humana:

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, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal traz em seu bojo o direito ao trabalho e à saúde previstos em seu artigo 6º, como direitos sociais de segunda dimensão. Além disso, prevê os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como princípios fundamentais. Logo em seguida, no seu artigo 7º, a Constituição é clara em sua intenção de valorar a condição social do trabalho ao dar uma atenção maior a direitos que observem a saúde dos trabalhadores, apontando que:

Art. 7. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

O Estado reconhece que embora todos tenham direito a um trabalho sadio, não é o que acontece com todas as relações de trabalho e, portanto, logo estabelece que havendo trabalhos em condições insalubres seja devido a esse trabalhador o respectivo adicional de caráter remuneratório, nos termos do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Meirelles (2011, p. 56), a insalubridade pode e deve ser neutralizada ou eliminada por meio de medidas especiais ou pela utilização de Equipamentos de Proteção Individual. Por esse motivo, pode-se dizer que o pagamento do adicional salarial pelo empregador também tem por escopo fazê-lo buscar alternativas para evitar as condições insalubres no ambiente de trabalho de sua empresa.

No tocante aos direitos sociais, Silva (2005, p. 286) aponta que eles são:

Prestações positivas proporcionadas 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. (...) Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Ao falar sobre os direitos sociais, Lenza (2012, p. 1077) pauta que há uma vertente dupla de tais direitos, principalmente em se tratando do direito a saúde, na qual a primeira vertente é a sua natureza negativa, onde o Estado ou terceiros tem o dever de se abster em praticar atos que prejudiquem terceiros; por outro lado, há também a natureza positiva dos direitos sociais, que é aquela em que o Estado presta o direito social.

Para Vargas e Colussi (2008, p. 1) o conceito de "meio ambiente laboral sadio" integra um conceito mais amplo, o do "trabalho digno", que deve ser assegurado a todo

trabalhador em decorrência do reconhecimento de sua condição humana e de seu direito à dignidade, presente em todas as constituições e no direito internacional, que consagra o direito à saúde como um direito social.

2.2 Da caracterização da atividade insalubre

De acordo com o doutrinador Correia (2018, p. 869), a atividade insalubre é aquela que expõe o trabalhador a um determinado agente nocivo e que ultrapassa o limite de tolerância fixado em norma específica, isto é, o limite de contato que o corpo humano suporta o fator negativo. Complementando esta linha de raciocínio, Romar (2018, p. 740) dispõe que o contato com essas atividades pode ocasionar doenças, gerando, portanto, riscos à saúde do trabalhador.

Para Calvo (2020, p. 811), “as atividades insalubres são aquelas executadas em condições ambientais nocivas à saúde do trabalhador, influenciando para esta conceituação as executadas em temperaturas excessivas ou por demais baixas, as expostas à poluição do ar ou a agentes químicos ou biológicos.”

A insalubridade também tem o seu conceito legal no texto da Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT, no artigo 189:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

É importante ressaltar que, de acordo com o artigo 190 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o Ministério do Trabalho e Emprego é o responsável pela criação das normas de caracterização e limites de tolerância das atividades insalubres, razão pela qual foi criada a Norma Regulamentadora – NR 15 que versa acerca do adicional de insalubridade:

Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Neste contexto, os mestres Saraiva e Souto (2018, p. 310) asseveram que:

[...] para se configurar a existência de adicional de insalubridade não basta a perícia constatar que o ambiente de trabalho é agressivo à

saúde do empregado, sendo indispensável o enquadramento da atividade ou operação entre as insalubres pelo Ministério do Trabalho, conforme menciona a Súmula 460 do STF.

Conforme a Orientação Jurisprudencial da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SBDI-1 nº 278 do TST, a perícia no local de trabalho é obrigatória:

A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Para a caracterização da atividade insalubre, Romar (2018, p. 742) esclarece que:

Não basta que a perícia constate a existência no ambiente de trabalho de agentes agressores à saúde do trabalhador. Para que o direito ao recebimento do adicional seja reconhecido, o agente agressor deve estar indicado expressamente como agente insalubre na relação elaborada pelo Ministério do Trabalho (Portaria n. 3.214/78).

Todo empregador é obrigado a zelar pela segurança, saúde e higiene de seus trabalhadores, propiciando as condições necessárias para tanto, bem como zelando para o cumprimento dos dispositivos legais atinentes à medicina e segurança do trabalho (NETO, 2013, p. 986).

O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito a percepção do respectivo adicional (Súmula 47, TST)

A insalubridade deriva de agentes nocivos à saúde, tais como: temperatura excessiva, umidade, pressão, radiações, vibrações, fumaças, vapores, atmosfera impura, vírus, bactérias etc. Não basta haver a incidência do agente nocivo a saúde para justificar o deferimento do adicional de insalubridade. É necessário que o mesmo esteja previsto na legislação como fator a justificar o pagamento do referido adicional (NETO, 2013, p. 987).

2.3 Da norma regulamentadora nº 15 – NR 15

O texto constitucional, em seu artigo 191, deixa claro que deverão ser adotadas medidas que preservem o meio ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância. Contudo, para que sejam adotadas tais medidas, se faz necessário identificar quais são as atividades consideradas insalubres e o qual o limite de tolerância para tais atividades.

Com isso, foi criada pelo Ministério Público do Trabalho, através da Portaria nº 3.214 de 1978, a norma regulamentadora nº 15 – NR 15, sendo com ela definidos os limites de

tolerância para agentes físicos, químicos e biológicos, bem como a lista das atividades consideradas insalubres.

Conforme a própria NR 15 em seu item 15.1.5, entende-se por "Limite de Tolerância", a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral.

A identificação de uma atividade insalubre só pode ser realizada por médicos ou engenheiros do trabalho registrados no Ministério Público do Trabalho, conforme preceitua o artigo 195 da CLT e o item 15.4.1.1 da NR 15. Quando identificado uma atividade laboral acima dos limites estabelecidos na norma regulamentadora, se faz preciso observar o disposto no artigo 192 da Carta Magna:

Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Correia (2018, p. 876) destaca que o adicional será devido apenas enquanto o empregado estiver prestando serviços em atividade insalubre devidamente classificada pela NR 15. Se houver a reclassificação ou descaracterização da atividade insalubre na relação oficial do Ministério do Trabalho e Emprego, o empregado poderá ter o valor reduzido ou até mesmo perder o direito ao adicional.

A garantia da percepção de adicional de insalubridade de acordo com a classificação insalubre não exime, porém, o dever de neutralizar o agente insalubre por parte do empregador. Segundo Martins (2003, p. 107):

A neutralização ocorre quando o EPI traz a insalubridade a níveis toleráveis, de acordo com a NR 15 da Portaria nº 3.214/78. A eliminação ocorre quando o EPI anula integralmente a insalubridade existente em certo local.

A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer com a adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância ou com a utilização de equipamento de proteção individual, conforme o item 15.4.1 da NR 15.

Romar (2018, p. 742) elucida os agentes abordados na NR 15 que podem tornar o ambiente insalubre, sendo: agentes físicos, como ruídos excessivos e altas temperaturas;

agentes químicos, como graxas, óleos, solventes e ácidos, e por último agentes biológicos, que são os agentes de contaminação, como por exemplos os encontrados em hospitais e clínicas de análise.

A NR 15 traz em seu texto diversos anexos que tratam da exposição dos trabalhadores a ruídos, calor ambiente, radiações ionizantes, trabalho sob condições hiperbáricas, radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos (incluindo benzeno), poeiras minerais (incluindo sílica, asbesto e manganês), bem como agentes biológicos. Para o estudo do adicional de insalubridade ao qual os motoristas de ônibus estão expostos, cabe mencionar os anexos 1, 3 e 8 da NR 15.

O anexo 1 traz os limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente e delimita o nível de ruído e o tempo máximo de exposição diária permissível no qual os trabalhadores podem ficar expostos, bem como estabelece que os ruídos devem ser medidos em decibéis (dB).

O anexo 3 estabelece requisitos para a avaliação da exposição ocupacional ao agente físico calor e trata das medidas de prevenção, responsabilizando a organização para que adote ou medidas de correção ou medidas de prevenção de modo que a exposição ocupacional ao calor não cause efeitos adversos à saúde do trabalhador.

O anexo 8 menciona quais são os requisitos para a avaliação da exposição ocupacional às Vibrações em Mãos e Braços - VMB e às Vibrações de Corpo Inteiro – VCI, estabelece os campos de aplicação para avaliação da exposição as vibrações e dispõe que as organizações devem adotar medidas de prevenção e controle da exposição às vibrações mecânicas que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores, eliminando o risco ou, onde comprovadamente não houver tecnologia disponível, reduzindo-o aos menores níveis possíveis. Cita, ainda, que no processo de eliminação ou redução dos riscos relacionados à exposição às vibrações mecânicas devem ser considerados, entre outros fatores, os esforços físicos e aspectos posturais dos trabalhadores.

3 DOS MOTORISTAS URBANOS DA CIDADE DE MANAUS E A CONSTANTE EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES EM SEU MEIO DE TRABALHO

A Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), criada pelo Ministério do Trabalho e Emprego para identificar as ocupações do mercado de trabalho brasileiro, regula a atividade do motorista urbano sob o código 7824 e define como suas funções, dentre outras atribuições, como sendo profissionais que “conduzem e vistoriam ônibus e trólebus de transporte coletivo de passageiros urbanos, metropolitanos e ônibus rodoviários de longas distâncias” e “Executam procedimentos para garantir segurança e o conforto dos passageiros. Habilitam-se periodicamente para conduzir ônibus.” (MTE/CBO, 2012).

O meio ambiente do trabalho visa proteger a saúde dos trabalhadores, uma vez que estes fazem jus a um ambiente equilibrado e salubre para a execução de suas atividades laborais. Segundo Renzetti (2018, p. 399) o meio ambiente de trabalho é direito fundamental do trabalhador garantido por nossa Carta Maior. Nesse sentido, é certo que para alcançar uma vida digna é necessário o respeito ao direito supramencionado.

A Constituição do Estado do Amazonas traz de forma expressiva, em artigo 185, inciso XI, a proteção do meio ambiente de trabalho conferida aos trabalhadores pela legislação normativa, objetivando garantir medidas que visem à eliminação de riscos de acidentes, doenças profissionais e do trabalho e que ordenem o processo produtivo de modo a garantir a saúde e a vida dos trabalhadores.

O conceito de meio ambiente do trabalho traz a noção de sua amplitude aplicacional, pois este não atua apenas no local usual de labor dos empregados, como uma empresa física por exemplo, mas, também, em operações à distância. Além disso, deve ser levado em consideração as condições mentais dos empregados, que merecem igual proteção no trato com a segurança e medicina do trabalho.

[...] o conceito de meio ambiente do trabalho é constituído por todos os elementos que compõem as condições (materiais e imateriais, físicas ou psíquicas) de trabalho de uma pessoa, relacionadas à sua sadia qualidade de vida. (MELO e RODRIGUES, 2018, p.20).

Santos (2019, p. 51) elucida que o ambiente de trabalho dos motoristas de ônibus em Manaus tem como primeira característica trabalhar em um local aberto, no ônibus, composto fundamentalmente pelo trânsito, rua, cidade e sociedade, não tendo como evitar situações desagradáveis, estando totalmente expostos as condições climáticas e as pessoas.

No meio ambiente de trabalho dos motoristas de ônibus podem ser identificados três principais agentes potencialmente insalubres que fazem parte do cotidiano dos rodoviários de transportes públicos, qual seja, calor, ruído e vibração. A principal ferramenta de trabalho dos motoristas de ônibus é a cadeira do motorista, que fica localizada na parte frontal do ônibus, ao lado do motor, estando os motoristas em seu ambiente de trabalho sujeitos a vibração e calor provenientes do motor, como também dos ruídos vindos de poluição sonora dentro e fora dos ônibus, como buzinas, vozes de passageiros e ruídos de outros automóveis.

Para Cunha (2014, p. 10):

Ao analisar o ambiente de trabalho de um motorista de ônibus é possível verificar que este está exposto a um fator que causa

desconforto, o ruído. O ruído pode ser definido como um som indesejável que pode causar danos à saúde.

Conforme o entendimento de Santos (2009, p. 117):

O ambiente de trabalho dos motoristas de ônibus é rico em ofertar situações de riscos ergonômicos e psicossociais. Entendendo por riscos ergonômicos aqueles decorrentes da inadaptação ou ajustamento imperfeito da máquina ao trabalhador. E como psicossocial as variáveis relativas ao indivíduo como a personalidade, a falta de autonomia e a dificuldade em estabelecer relações interpessoais satisfatórias.

Para Rocha (2018, p. 1), a atividade laboral de motoristas de ônibus da cidade de Manaus fica sujeita a uma exposição constante de ruído, calor e vibração de corpo inteiro que em determinado grau podem representar risco ou até mesmo prejuízo à saúde.

Nas palavras de Barcelos, Broetto, Oliveira e Júnior (2007, p. 5):

A atividade profissional de motorista de transporte coletivo possui peculiaridades que se tornam um diferencial em relação às demais profissões, pois está exposta, distintivamente, a fatores nocivos à saúde, tais como: ruídos, gases tóxicos, trânsito intenso, vandalismo, veículos com condições inadequadas quanto à ergonomia, os quais acabam debilitando a saúde em seu âmbito total, ou seja, físico, psicológico e social.

Percebe-se que vários fatores físicos e psíquicos podem influenciar, de forma negativa, na qualidade de vida dos motoristas de ônibus urbanos, de maneira que estes empregados ficam desprotegidos do manto da segurança e medicina do trabalho, acarretando a debilidade na saúde a cada dia laborado.

Santos (2009, p. 118), ao falar sobre riscos ergonômicos e psicossociais dos motoristas da cidade de Manaus relata que:

Fatores como calor, ruído, movimentos repetitivos, longa jornada de trabalho com intervalos mínimos podem contribuir para o adoecimento do trabalhador.

O agente insalubre da vibração é transmitido ao corpo dos rodoviários, ou parte dele, durante o labor. Assim, o excesso na frequência e nível da vibração presente no meio ambiente do trabalho, pode ocasionar sérias lesões à saúde dos empregados. De igual modo está o entendimento de Portela (2014, p. 14) ao aduzir que:

Dentro do ambiente de trabalho do motorista encontra-se um risco ocupacional que é percebido como um possível agravo à saúde do trabalhador, denominado vibração, a qual é produzida pelo motor ônibus e conseqüentemente transmitida ao ser humano.

Acerca da vibração, IIDA (2009, p. 58) relata que os efeitos da vibração direta sobre o corpo humano podem ser extremamente graves, podendo danificar permanentemente alguns órgãos do corpo humano. Diversos pesquisadores têm coletado dados sobre os efeitos fisiológicos e psicológicos das vibrações sobre o trabalhador, como a perda de equilíbrio, falta de concentração e visão turva, diminuindo a acuidade visual.

Para Zanol (2014, p. 2) há uma falta de conhecimento sobre a relação causa e efeito da vibração de corpo inteiro em ônibus torna difícil o trabalho dos órgãos públicos na tentativa de garantir as condições de trabalho para os motoristas de ônibus urbanos no Brasil.

A exposição do trabalhador à vibração de corpo inteiro pode causar danos físicos permanentes ou distúrbios no sistema nervoso. A exposição diária poderá resultar em danos na região espinhal, podendo também afetar o sistema circulatório e/ou urológico. Alguns sintomas de distúrbios frequentemente aparecem durante a exposição sob a forma de fadiga, insônia, dor de cabeça e tremor. Já em uma exposição mais severa à vibração de corpo inteiro, foi observado problemas na região dorsal e lombar, gastrointestinais, sistema reprodutivo, desordens no sistema visual, problemas nos discos intervertebrais, degeneração na coluna vertebral (SALIBA, 2002, p. 66)

Os motoristas da cidade de Manaus também estão constantemente expostos ao calor intenso proveniente do seu ambiente de trabalho, o que faz surgir cada vez mais julgados acerca de motoristas terem direito ao adicional de insalubridade.

Para Mallmann (2015, p. 1) o pagamento do adicional de insalubridade decorre da exposição do reclamante ao calor excessivo, acima dos limites de tolerância, conforme constatado por laudo pericial, em face do trabalho no interior de transporte coletivo na região norte do país apenas com ventilação natural, estrutura toda em metal, localização dos motores, lotação de passageiros, propagação de doenças infecto contagiosas, tráfego intenso e trânsito caótico, além do labor sujeito a posições forçadas e gestos repetitivos, condições difíceis de trabalho e vibrações localizadas, o que agrava a sensação de calor intenso.

Neste sentido, destacam-se alguns julgados para apreciação:

EMENTA. INSALUBRIDADE. MOTORISTA DE ONIBUS URBANO. CALOR. NR-15 ANEXO 3. Restando comprovado nos autos, através

de pericial judicial, que o reclamante em suas atividades de Motorista de ônibus urbano, estava exposto ao agente físico (CALOR), acima do limite de tolerância de (30C), devido o adicional requerido. Recurso da Reclamada conhecido e parcialmente provido. (TRT-11 00256229129181100, Relator: Ruth Barbosa Sampaio).

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CALOR EXCESSIVO. MOTORISTA DE ÔNIBUS. A Corte Regional condenou a reclama ao pagamento do adicional de insalubridade, porque entendeu que o labor exercido pelo autor, como motorista de ônibus urbano, sujeitava-o à exposição de agente nocivo à saúde, tal como temperatura em local confinado caso do interior dos ônibus. Também constou que a prova pericial teria concluído pela insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por exposição a raios solares, em face da ausência de previsão legal (OJ 173, item I SBDI-1/TST). Entretanto, ultrapassados os níveis de tolerância a calor independentemente da causa do malefício, externa ou interna, conforme Anexo X da NR 15 da Portaria MTE nº 3.214/1978, cabe o respectivo adicional de insalubridade. Esse é o entendimento contido na redação do Item I da Orientação Jurisprudencial 173 da SDBI-1 desta Corte. (TST-RR: 15455220155110001, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte).

Em relação ao calor, o item II da Orientação Jurisprudencial nº 173 da SDI -1 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, informa que o empregado que exerce suas atividades em ambiente externo com carga solar acima dos limites de tolerância do Anexo 3 da NR-15, faz jus ao adicional de insalubridade. Seguindo esta premissa, Correia (2018, p. 450) argumenta que: argumenta que:

[...] o TST incluiu o Item II da Súmula para prever que os empregados terão direito ao adicional de insalubridade no caso exposição ao calor. Evoluiu a Jurisprudência, nesse aspecto.

3.1 Do índice de concessão de auxílios-doença para o setor do Transporte

Segundo dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança no Trabalho (SST) da Organização Internacional do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, nos anos de 2012 a 2021 o setor de transporte rodoviário coletivo de passageiros com itinerário fixo, municipal e em região metropolitana foi a segunda atividade econômica com maior número de casos de afastamento do INSS na cidade de Manaus, com 1.587 afastamentos do tipo acidentário, que podem ser identificados segundo a tabela do INSS como afastamento do tipo B91, que são os profissionais que sofreram algum tipo de acidente de trabalho ou sofrem de doença ocupacional. Somente no ano de 2019 foram 242

afastamentos do tipo acidentário, o que é um indicativo da fragilidade na qual a categoria acaba ficando exposta em seu ambiente laboral.

Em virtude desses afastamentos que foram considerados altos para o setor, o Ministério Público do Trabalho, a Organização Internacional do Trabalho e a Fundação Carlos Alberto Vanzolini criaram um projeto em 2021 com a finalidade de identificar o que tanto afeta a saúde e a segurança no trabalho dos motoristas do transporte coletivo da cidade de Manaus, para ampliar o conhecimento sobre saúde e segurança do trabalho em temas como a ergonomia de trabalho e a saúde física e psíquica, bem como elaborar um plano de ação para reduzir tais problemas de saúde desses profissionais.

Para a coordenadora do projeto, Maria Cláudia Falcão:

Compreender o trabalho no transporte rodoviário urbano como uma atividade desenvolvida em situações de trabalho, onde coexistem diversos fatores que podem comprometer a saúde e segurança de seus trabalhadores e trabalhadoras, é um passo fundamental.

O motivo pelo qual tantos pedidos do benefício de auxílio-doença são feitos causa preocupação ao Ministério Público do Trabalho, que busca com o projeto melhorar qualidade do meio de trabalho aos quais os motoristas estão sujeitos.

4 CONCLUSÃO

Pelo presente artigo, fica nítido como o direito do trabalho, a medicina do trabalho e os direitos fundamentais e sociais são matérias dependentes entre si. Na análise acerca dos direitos sociais, ficou clara a intenção do legislador de destacar a importância da saúde do trabalhador e de um meio ambiente de trabalho sadio para que seja possível trabalhar com dignidade.

Embora a função de motorista de ônibus não se enquadre nas atividades de risco para o recebimento de insalubridade de acordo com a NR 15, os agentes aos quais o motorista é exposto se enquadram, como por exemplo os ruídos do motor dianteiro do ônibus e de outros automóveis, buzinas, ruídos de passageiros, dentre outros sons oriundos do meio em que trabalha, somados ao calor da cidade de Manaus e calor que vem também do motor dianteiro bem como ficam sujeitos a vibrações de corpo inteiro pois acabam por estar sempre na mesma posição – sentados e com as mãos estendidas no volante, por um longo período de tempo, estando expostos assim aos agentes previstos nos anexos 1, 3 e 8 da NR-15, podendo portanto o motorista fazer jus ao adicional de insalubridade no grau correspondente, embora para o recebimento do respectivo adicional seja necessária uma perícia técnica para avaliar a possibilidade.

Dada a saúde desses profissionais que pode vir a ser fragilizada, o assunto a respeito do adicional de insalubridade lhes ser devido vem ganhando destaque nos últimos anos e vários julgados surgiram para validar que eles possuem sim o direito ao respectivo adicional em função da exposição aos agentes insalubres a que são submetidos diariamente em seu ambiente de trabalho.

Assim, pelo presente artigo, conclui-se que a insalubridade é um direito social que garante ao trabalhador um trabalho digno, em consonância com os princípios constitucionais fundados na garantia de exercício dos valores sociais e na pessoa humana.

Cabe, portanto ao Empregador e as autoridades competentes a tarefa de uma fiscalização mais rigorosa acerca da saúde desses trabalhadores, para que o ambiente de trabalho dos motoristas de ônibus da cidade de Manaus se torne um local adequado as condições climáticas da capital amazonense, tornando-se um ambiente tranquilo e hígido para seu labor, conforme a proteção que a Constituição Federal lhes conferiu, pois a profissão acaba por ser muito vulnerável a agentes insalubres.

5 REFERÊNCIAS

AMAZONAS. [Constituição Estadual (1989)]. **Constituição Estadual do Amazonas**. Ed. atual. Amazonas: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, 2021. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70430>> Acesso em 12 de fev de 2022;

BALBINOT, Alexandre. **Caracterização dos níveis de vibração em motoristas de ônibus: um enfoque no conforto e na saúde**. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/2482>> Acesso em: 15 de nov de 2021;

BARCELOS, Caroline Amado; BROETTO, Karla Nascimento; JÚNIOR, Nelson Gomes; OLIVEIRA, Mayra Amado Barcelos. **Qualidade de vida e saúde dos motoristas de ônibus urbanos da grande vitória: uma análise da representação social do funcionário quanto à sua saúde e/ou adoecimento relacionados ao trabalho**. Disponível em: <http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/anexos/AnaisXIVENA/conteudo/pdf/trab_completo_24.pdf>. Acesso em: 15 de nov de 2021;

BARROS, Aline Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016;

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm> Acesso em: 12 de fev de 2022;

BRASIL. Classificação Brasileira de Ocupações: CBO – 2022. Brasília, DF: MTE. Disponível em < <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTitulo.jsf>> Acesso em 12 de fev de 2022;

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 12 de fev de 2022;

BRASIL. Orientação Jurisprudencial nº 278. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SBDI I do Tribunal Superior do Trabalho – TST. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_261.htm#TEMA278> Acesso em: 12 de fev 2022;

BRASIL. Súmula nº 47/TST. Tribunal Superior do Trabalho – TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html> Acesso em: 12 de fev 2022;

BRASIL. Súmula nº 460/STF. Brasília: Supremo Tribunal Federal - STF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 09 de mai de 2022;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista interposto na vigência da lei nº 13.015/2014. Adicional de insalubridade. Cobrador de ônibus. Região Norte. Calor Excessivo. Recurso de revista. Relatora: Maria Helena Mallmann. DJ, 09 dez. 2015. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934373057/recurso-de-revista-rr-17922520145110015/inteiro-teor-934373100>> Acesso em 12 de fev de 2022;

BREVIOLIERO, E.; Possebon, J.; Spinelli, R. **Higiene ocupacional – Agentes biológicos, químicos e físicos.** 4 ed. Ed. SENAC. São Paulo. 2009;

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho para concursos de analista do TRT e MPU.** 11 ed. Ed JUSPODIVM. Bahia, 2018.

CUNHA, Cícero Augusto Pinha. **Análise dos níveis de ruído em motoristas de ônibus com motor dianteiro.** Disponível em: <http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/3804/1/CT_CCEEST_XXVI_2014_06.pdf>. Acesso em: 15/11/2021;

IIDA, Itiro. **Ergonomia: projeto e produção.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Blücher, 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 16. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012;

MEIRELLES, Pedro de; **Uma análise ao adicional de insalubridade a partir dos princípios da proteção do trabalhador e da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/36064>>. Acesso em: 09/05/2022;

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista.** São Paulo: LTr, 2018;

Ministério do Trabalho e Emprego. **NR 15 – Atividades e Operações Insalubres. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego;** 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-15-atualizada-2022.pdf>> Acesso em 12 de fev 2022;

Ministério Público do Trabalho. **Smartlab - Observatório Digital de Saúde e Segurança no Trabalho.** 2021. Disponível em: <<https://observatoriosst.mpt.mp.br>> Acesso em 12 de fev 2022;

NAÇÕES UNIDAS BRASIL: **Melhoria de condições de trabalho no transporte público é tema de projeto inédito em Manaus;** 2021. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/124856-melhoria-de-condicoes-de-trabalho-no-transporte-publico-e-tema-de-projeto-inedito-em-manaus>> Acesso em 09 de mai de 2022;

PORTELA, Bruno Sergio. **Vibração de corpo inteiro em motoristas de ônibus: associação com variáveis de aptidão física e dor lombar.** 2014. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35953>> Acesso em 12 de fev de 2022;

RENZETTI, Rogério. **Direito do Trabalho Teoria e Questões Práticas.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018;

ROCHA, Luís Cláudio Ribeiro da. **Resultados comparativos de perícias em transporte coletivo na cidade de Manaus.** Congresso técnico científico da engenharia e da agronomia – CONTECC'2018. Maceió – Alagoas. 2018. Disponível em <https://www.confea.org.br/sites/default/files/antigos/contecc2018/educacao/40_rcdpetcncdm.pdf> Acesso em 12 de fev de 2022;

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018;

SALIBA, Tuffi Messias. **Manual prático de avaliação e controle do ruído: PPRA.** 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.

SANTOS, Andreina Sales. **Riscos ergonômicos e psicossociais: um estudo com motoristas de ônibus da cidade de Manaus.** 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Sociedade e Cultura na Amazônia) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2009. Disponível em <<http://tede.ufam.edu.br/handle/tede/2259>> Acesso em 12 de fev de 2022;

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho Concursos Públicos.** 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018;

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO (BRASIL) (TRT) Notícias do TRT: **Mantido adicional de insalubridade a motorista exposto a calor acima dos limites; 2018.** Disponível em <<https://portal.trt11.jus.br/index.php/comunicacao/noticias-lista/3121-mantido-adicional-de-insalubridade-a-motorista-exposto-a-calor-acima-dos-limites>> Acesso em 14 de nov de 2021;

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (BRASIL) (TST) Notícias do TST: **Calor faz motorista de ônibus de Manaus pedir adicional de insalubridade;** 2013 Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/calor-faz-motorista-de-onibus-de-manaus-pedir-adicional-de-insalubridade> Acesso em 14 de nov de 2021.

VARGAS, Luiz Alberto de; COLUSSI, Luiz Antonio. **Meio ambiente laboral sadio;** 2008. Disponível em < <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/140998> > Acesso em 9 de mai de 2022.

ZANOL, Elton João. **Avaliação dos níveis de vibração de corpo inteiro sofridos por motoristas de ônibus urbanos em diferentes tipos de pistas.** Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/114466>> Acesso em: 09 de mai de 2022.

ASSÉDIO SEXUAL E MORAL CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

ALEXANDRE VITORIO ANDRADE DE ARRUDA

Resumo: A visão machista de que a mulher é um ser frágil, sem força e sem capacidade para liderar foi criada a partir de um movimento machista que foi surgindo durante a história. Por outro lado, nem sempre foi assim. Durante a fase pré-histórica a mulher era responsável em caçar e enfrentar perigos, enquanto o homem era responsável em proteger todo o seu clã de feras e outros perigos eminentes. Isto é, na sociedade primitiva, a mulher tinha o seu papel delimitado e sua valorização pela sua função exercida na sobrevivência de seus dependentes. Ambas as figuras atuavam de forma mútua em prol de uma ação. Mesmo depois da queda do patriarcado, ainda assim, a mulher sofre os efeitos da sociedade machista que se sustentou por vários anos. Atualmente, a mulher tem buscado direitos e oportunidades iguais, mas ainda há certa desigualdade sobre a forma como a mulher se posiciona na sociedade. Por outro lado, a opressão que mulheres sofrem por causa do patriarcado além de ser atual, constante, também expõe esse problema social a uma repressão, com a tentativa de fazer com que essa opressão possa chegar ao fim. O maior resíduo do patriarcado na atualidade é o assédio moral e sexual contra mulheres no seu ambiente de trabalho, que busca desqualificar a mulher no setor em que está inserida. Assim, esse artigo tem como principal objetivo fundamentar a presença do patriarcado e o protagonismo do homem na sociedade, bem como trazer à luz todo o conhecimento voltado para o tratamento direcionado às mulheres, que por sua vez eram inferiorizadas por seus pais e maridos dentro da sociedade.

Palavras-Chave: Código Penal. Assédio Moral. Assédio Sexual. Mulheres.

Sumário: 1. Introdução; 2. Igualmente perante lei. 2.1 Fatores históricos da mulher subserviente; 2.2 Opressão da mulher perante a figura masculina na sociedade; 2.3 Luta pelos direitos das mulheres; 2.4 Mulher no mercado de trabalho; 2.4.1 Discriminação de Cargos; 2.5 Assédio moral e sexual laboral; 2.5.1 Assédio moral no ambiente de trabalho; 2.5.2 Assédio sexual; 2.5.3 Danos Causados; 2.5.4 Código Penal; 2.5.3 Danos Causados; 2.5.4 Código Penal; 3 Conclusão. 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A mulher tem seu papel fundamental e importante na construção da sociedade, visto que sua colaboração envolve tanto suas competências intelectuais, físicas e psicológicas. Em tempos remotos, como na pré-história, a mulher buscava alimentos através da caça e era atuante dentro da provisão de seu lar. Evidenciando a sua relevância e contribuição para a manutenção das famílias.

Com o passar do tempo, esse papel sofreu algumas modificações advindas do patriarcado, no qual essa importância e relevância ficaram em segundo plano, sendo

reduzida e minimizada pelos feitos dos homens. Além disso, a função da mulher dentro do lar se reduziu a subserviência, no qual somente tinha direito a servir o pai, marido, filho. Poderes decisórios passaram a ser exclusivamente direcionado aos homens, sendo ele responsável inclusive pela guarda, segurança e proteção dos bens, inclusive da própria esposa, mesmo que fosse o casamento em regime de separação convencional de bens.

Diante a isto, esse artigo tem como principal objetivo fundamentar a presença do patriarcado e o protagonismo do homem na sociedade, bem como trazer à luz todo o conhecimento voltado para o tratamento direcionado às mulheres, que por sua vez eram inferiorizadas por seus pais e maridos dentro da sociedade. Como objetivos específicos buscam-se salientar a importância da conscientização do preconceito estruturado contra a mulher no ambiental laboral, principalmente quando utilizados termos pejorativos ou atitudes abusivas; demonstrar através de pesquisa em artigos e demais fontes, as consequências desses assédios para a saúde da mulher, ocasionada por situações do cotidiano dentro das empresas; traçar uma linha do tempo, realizando um comparativo direto os fatos históricos e a evolução da lei, no que tange a proteção à mulher e sua devida valorização; Ressaltar a individualidade da mulher, evidenciando-a como um indivíduo que não é superior aos homens, mas que possui o mesmo respeito, responsabilidades e direitos.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada nas principais bases de dados tais como Jurisbrasil e outras fontes de pesquisa tais como: Scielo e Google Acadêmico. Além disso, foram adotados critérios, nos quais, foram discriminados os critérios de inclusão e de exclusão de materiais de pesquisa. Para o critério de inclusão, foram selecionados para consulta leis, manuais, código penal, todos que estiveram voltados para os objetivos dessa pesquisa; em contrapartida, foram descartados conteúdos direcionados para outras temáticas alheias ao assédio moral e sexual de mulheres.

2 IGUALDADE PERANTE A LEI

A Constituição Federal de 1988 traz consigo dentro do art. 5º, o princípio que traz a igualdade entre todos os indivíduos, que discrimina que todos são iguais perante as leis, tanto em obrigações quanto em direitos, *in verbis*.

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

Dentro do princípio da igualdade, há a previsão de igualdade entre os cidadãos e as possibilidades de que todos tenham um tratamento igualitário perante as leis. Desse modo, a própria Constituição prevê que não existam diferenças arbitrárias entre as pessoas,

principalmente que estas não sejam justificáveis e constitucionais, vindo principalmente a limitar tanto o legislador, quanto o intérprete ou ainda, as autoridades públicas e particulares (BARRETO, 2017, p. 2).

Dentro da igualdade, pode-se destacar a atuação dos direitos fundamentais, que é justamente os que são necessários para que um indivíduo possa conviver em sociedade, visto que sem esses, nenhuma pessoa sobreviveria, levando em conta que este é considerado de forma universal, incluindo todos os indivíduos humanos (SILVA, 2010, p. 67).

A Constituição Federal de 1988 evidencia que todos são iguais independentes de gênero sexual, e que não deve existir essa distinção perante os direitos e obrigações de ambos dentro da sociedade. Mediante a isto, o princípio da igualdade atua dentro de duas vertentes, sendo elas na lei e perante a lei. Entende-se por igualdade de direito quando não há restrições e distinções entre uma pessoa e outra perante as normas jurídicas, com exceção das distinções que são constitucionalmente autorizadas. (MORAES, 2022, p. 122).

2.1 Fatores históricos da mulher subserviente

A visão machista de que a mulher é um ser frágil, sem força e sem capacidade para liderar foi criada a partir de um movimento machista que foi surgindo durante a história. Por outro lado, nem sempre foi assim. Durante a fase pré-histórica a mulher era responsável em caçar e enfrentar perigos, enquanto o homem era responsável em proteger todo o seu clã de feras e outros perigos eminentes. Isto é, na sociedade primitiva, a mulher tinha o seu papel delimitado e sua valorização pela sua função exercida na sobrevivência de seus dependentes. Ambas as figuras atuavam de forma mútua em prol de uma ação (SOUSA, 2020, p. 55).

Por outro lado, essa autonomia foi se perdendo no decorrer dos séculos. No período romano, a mulher passou a ser vista como uma pessoa submissa ao marido. Nesse período a mulher passava de uma geração para outra e fazia parte dos bens ou propriedade, visto que passava de pai para filho, sendo que através do poder pátrio estes detinham poder sobre essa mulher e os seus bens, tendo direito sob ela em vida e em morte. Desta feita, a situação da mulher em Roma era considerada melhor do que na Grécia, visto que apesar das peculiaridades, as mulheres romanas usufruíam o direito ao estudo e a frequentar lugares artísticos como teatro e jogos (MARTINS, 2015, p.101).

Durante o período da revolução industrial a mulher passou a ser tratada como mão-de-obra barata, com isso passaram a inserir a mulher como digna de um salário reduzido, visto que no período da revolução a mulher aceitava as condições péssimas de trabalho e trabalhavam mais de 17 horas, em escalas abusivas de jornada de trabalho, recebendo salários 60% menores do que os dos homens. Passou-se a considerar o trabalho das mulheres como inferiores nesse período (SESI, 2020).

Entretanto, durante a 1ª Guerra Mundial, as mulheres atuaram de uma forma extremamente importante dentro das fábricas, colaborando para a economia naquele período enquanto os homens foram para a guerra as mulheres mantiveram a economia, no trabalho e realizando as atividades fabris. As mulheres se tornaram importantes para a guerra naquele período. Entende-se com isso, que o trabalho colaborou para que a mulher fosse liberta aos poucos e pudesse usufruir de uma independência e autonomia, se comparado com o que acontecia antes de 1914, que as mulheres dependiam das decisões de seus maridos (CÂNCIO, 2018, p. 120).

Durante o período da Revolução Russa, a mulher teve o seu protagonismo, visto que foram as mulheres que se reuniram e manifestaram em prol dos direitos dos trabalhadores por condições melhores de trabalho dentro de uma indústria têxtil. Esse ato se tornou marcante para toda a sociedade, dando origem ao dia internacional da mulher (DIAS, 2017, p.55).

No Brasil, durante o período colonial, a mulher passou por várias fases, de admirada a desprezada. Algumas formas foram consideradas inclusive desumanas. Durante algum tempo mulheres foram admiradas, temidas, tornando inclusive objeto de desejo e de submissão. Com isso, Silva (2015, s.p.) afirma que:

Mesmo no Brasil recente, existiam diferenças entre homem e mulher, relacionando sua submissão a sua estrutura física e biológica. Se a diferença entre gêneros era voltada para a relação anatômico-fisiológica, o sexo político-ideológico vai comandar a oposição e a descontinuidade sexual do corpo, dando arcabouço, justificativa e até impondo diferenças morais aos comportamentos masculinos e femininos, estando em acordo com a exigência de uma sociedade burguesa, capitalista, colonial, individualista e imperialista existente, também nos países europeus.

Posteriormente, com o Código Civil de 1916, um código que esteve por muito tempo com a sua legislação voltada para as causas familiares, surgiu algumas características conservadoras quanto ao direito das mulheres em uma sociedade patriarcal. Os traços de extremo conservadorismo estavam discriminados primeiramente dentro da família, principalmente no que era considerado como uma, não concedendo proteção às outras modalidades familiares que não fossem advindas da união entre um homem e uma mulher.

Nesse mesmo Código Civil de 1916 existiam formas de tratamento semelhantes ao modo romano de influenciar e de tratar situações, com meios discriminatórios, no qual trata a todos de maneira desigual, afirmando de forma negativa as diferenças que existem

dentro das classes sociais. Nesse mesmo Código, a mulher é considerada como um indivíduo subordinado à figura do marido, pai e homens em geral. Dentro da família o homem tinha a voz principal de tomar as decisões, cabendo à mulher somente concordar com as posturas e decisões tomadas pelos seus cônjuges. Nos casos de bens e patrimônios, cabia ao homem administrar os bens da mulher, mesmo que este estivesse casado pelo regime de separação total de bens. Observa-se com isso que a mulher, no momento do seu casamento perdia totalmente sua capacidade civil plena, pois até para realizar atividades laborais ou realizar transações financeiras, somente poderia se tivesse a autorização de seu marido ou da figura masculina mais próxima.

Desta feita, o direito daquela época esteve diretamente ligado ao patriarcado, dando atenção para as necessidades masculinas, deixando de lado o equilíbrio do que seria justo para todos, sem discriminação de gênero, *in verbis*:

Art. 380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 1916).

Desse modo, a mulher somente teria voz dentro da família caso a sua posição estivesse de acordo com a do chefe, ou com a autorização de algum juiz. Entretanto, somente o interesse dessa mulher não bastava para que ela criasse inclusive seus próprios filhos, visto que cabia somente ao homem o poder de cuidar, proteger e decidir por toda a família. Em contrapartida, caso o cônjuge não quisesse exercer a sua função de decidir, cuidar e prover, esse papel passaria para a esposa (VENOSA, 2020, p. 57).

Posteriormente, através da Constituição Federal de 1988, outros olhares foram sendo atribuídos ao direito da mulher. Dessa maneira, a Constituição trouxe um tratamento isonômico para todos, trazendo à baila a igualdade de direitos conforme traz *in verbis* o art. 5º da Constituição, mais precisamente dentro do Inciso I, trazendo em seu texto o seguinte argumento: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" (BRASIL, 1988).

Somente depois de quase 26 anos de Constituição que passou a existir igualdade de direito entre os gêneros perante os deveres familiares, reduzindo o poder do patriarcado, trazendo bem discriminado os direitos através do art. 226, §5º, que discrimina que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Com base nisso, também pode-se citar outra alteração que é de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, como o que ocorreu através do art. 380 do Código Civil de 1916 (CC/1916) que trata sobre o pátrio poder, sendo que passou a existir uma redação diferenciada, como pode-se observar:

Art.1.6131. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, C.C, 2002).

Entende-se que a mulher, durante todo esse percurso teve seu lugar marcado pela presença da mulher que é mãe de família, cônjuge, trazendo consigo o seu direito que depois passou a ser atribuído para todos os âmbitos, podendo ser escolar, laboral e em todos os demais locais (DIAS, 2017, p. 67).

2.2 Opressão da mulher perante a figura masculina na sociedade

Mesmo depois da queda do patriarcado, ainda assim, a mulher sofre os efeitos da sociedade machista que se sustentou por vários anos. Atualmente, a mulher tem buscado direitos e oportunidades iguais, mas ainda há certa desigualdade sobre a forma como a mulher se posiciona na sociedade. Por outro lado, a opressão que mulheres sofrem por causa do patriarcado além de ser atual, constante, também expõe esse problema social a uma repressão, com a tentativa de fazer com que essa opressão possa chegar ao fim (SOUZA, 2018, p. 111).

Nos dias atuais, a mulher tem se tornado uma das maiores vítimas da opressão, muitas vezes ocasionada pela forma como a figura masculina lida com o empoderamento da mulher dentro da sociedade, no qual a mesma possui autonomia para atuar em diversas áreas laborais, bem como tomar decisões importantes que outrora eram tomadas por pessoas do gênero masculino. Desse modo, alguns doutrinadores como Lima (2015, p. 65) afirmam que a opressão contra mulheres é resultado de fatores históricos da luta de classes, no qual a mulher passou a tempos remotos ter seu trabalho reduzido a uma contribuição, tornando-se não tão necessária na sociedade.

Klaus (2006) com sua tradução dos estudos feitos por Engels, afirmou que a opressão contra a mulher tem uma origem e se iniciou com a estratificação social, dando início no momento que houve uma divisão das tarefas, cabendo ao homem, possuidor de força, o dever de cuidar e assumir todos os graus de importância, deixando a mulher em segundo plano.

Para Costa (2018, p. 101), a opressão feminina se trata de um fenômeno, sem que existam precedentes de que os fatores históricos contribuem para esse resultado. Além disso, a autora discrimina também que os fatores que auxiliaram para o aumento dessa opressão não vindo somente da estratificação social.

Por outro lado, Andreassy (2018, p. 34) a “opressão às mulheres não surgiu no capitalismo, mas adquiriu neste modo de produção traços particulares”. Assim, pode-se compreender que durante o surgimento do capitalismo, a mulher também passou por momentos que foram favorecendo essa opressão atual, como no caso da redução do trabalho para mulheres e crianças, por causa de sua fragilidade perante às longas cargas de trabalho.

Lima (2015, p. 89) afirma que a opressão pode não ter surgido durante o capitalismo, mas durante esse período houve grande características que colaboraram para o desenvolvimento da discriminação da mulher no mercado de trabalho. O capitalismo converteu o patriarcado em um aliado para tratar a mulher como um objeto, através da exploração do trabalho feminino, principalmente no início quando os direitos trabalhistas eram omitidos.

Com base nisso, torna-se obvio compreender que a opressão à mulher ocorre com a presença do machismo, este por sua vez era presente no patriarcado deixando marcas desagradáveis na opressão feminina. Como ressalta Moschovick (2016), o machismo está relacionado diretamente com o jogo de masculinidade e feminidades, no qual há um certo jogo de poder voltado para a hierarquização, onde existe a superioridade do homem sobre a mulher. Compreende-se que na presença do machismo, a masculinidade por mais errada que seja na sua prática, sempre será superior a qualquer feminilidade por mais certa que seja.

2.3 Luta pelos direitos das mulheres

A luta feminina foi se construindo no decorrer dos séculos, para que todas as mulheres tivessem mais direitos tanto quanto os homens, e que pudessem com isonomia, igualdade, sem interiorização de seus feitos, mas com a sua devida valorização e reconhecimento. Entretanto, durante o período dessas movimentações, a sociedade com resíduos de uma sociedade patriarcal manifestou-se contrária as ações, transformando as conquistas como desnecessárias.

A reivindicação das mulheres deu-se início no ano de 1792, na Inglaterra, onde foram feitas manifestações para que mulheres pudessem ter direitos, principalmente o do voto, permitindo com que a mulher pudesse ser representada. Essa luta se tornou contínua. Por outro lado, mulheres suecas nas mesmas condições e com as mesmas reivindicações só tiveram direito ao voto no ano de 1862 (TOSI, 2016, p.72).

Outro fato marcante da luta das mulheres por igualdade no ambiente de trabalho foi no dia 08 de março de 1857, em Nova Iorque, onde 130 mulheres se reuniram para reivindicar melhores condições de trabalho, a principal queixa era das jornadas de trabalho longas e abusivas. A reivindicação era para que fosse reduzida para 10 horas diárias. Ocorreu que todas foram mortas queimadas pela própria polícia, criando um marco internacional pela brutalidade como a situação foi resolvida pelas autoridades competentes, tornando-se um dia de representatividade mundial, considerado atualmente como o dia internacional da mulher (ANPG, 2012).

Posteriormente, no Brasil, no ano de 1887, a primeira médica mulher se forma, fazendo parte de um momento histórico, sendo considerada como inspiração para muitas mulheres por ser a primeira a estar em uma função que antes era somente realizada por homens. A representatividade da mulher foi para os campos acadêmicos que posteriormente seguiu para o mercado de trabalho (LOBO, 2017, p. 23).

No ano de 1917, uma passeata comandada pela professora e fundadora do Partido Republicano Feminino, Leolinda Daltro, foi marcada com a reivindicação do direito ao voto, pois através do voto a mulher poderia eleger pessoas para que pudessem representá-las e fazer seus direitos serem validados. Porém somente no ano de 1932, surgiu o novo Código Eleitoral do Brasil, permitindo com que as mulheres pudessem exercer seus poderes de voto (DANIEL, 2019, p. 21).

Em 1988 outros direitos foram conquistados, como a igualdade entre homens e mulheres perante a lei, que já haviam sido citadas pela Carta das Nações Unidas em 1945, mas que somente foi se tornar válida no país a partir da Constituição Federal de 1988, onde todos os apontamentos da carta foram acolhidos e recepcionados, se tornando magnas até os dias atuais (BRASIL, 1988).

Outro marco importante na história da luta das mulheres foi no ano de 1962, com a liberdade adquirida de poder escolher se quer engravidar, através do uso de pílula anticoncepcional, trazendo para esta mulher a liberdade sexual. Nessa mesma época surgiu o Estatuto da Mulher Casada, que dava para esta mulher, que outrora vivia em seu lar oprimida sem poder estudar ou ser independente, a capacidade de poder trabalhar fora e, inclusive de pleitear a guarda de seus filhos mediante um possível divórcio (BRASIL, 1962).

De acordo com Florentino (2018, p. 122), após a mulher conseguir encontrar seu lugar na sociedade e poder contar com representatividades, algumas outras conquistas foram sendo adquiridas por mulheres. Como no ano de 1994 em que o Brasil teve sua primeira governadora, Roseana Sarney. Em 2003, o país teve a primeira mulher a fazer parte de uma sessão do Congresso Nacional, Benedita da Silva. Em 2010, o país pode obter a primeira presidente mulher eleita, Dilma Rouseff.

Nesse mesmo sentido, entre os anos de 2006 a 2015 foram realizados movimentos que atuassem contra a violência contra a mulher, no qual leis foram criadas para proteger as vítimas de maus tratos e violência domésticas, sancionada como Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06, junto com a Lei do Feminicídio (CARNEIRO, 2012, p. 77).

2.4 A mulher no mercado de trabalho

De acordo com Porfírio (2020, p. 90) durante alguns anos, a mulher foi excluída da sociedade no qual não podia votar, estudar, tomar decisões, trabalhar e muito menos participar de reuniões políticas. Essa mulher vivia à sombra do homem, que eram representados pela figura do marido ou do pai, dando início a uma desigualdade voltada para o gênero, onde a mulher passou a não ter os mesmos direitos que os homens por ser considerada como um "sexo frágil", sendo uma simples manifestação do machismo aflorado daquela época.

Essa relação de poder com a força vem desde os tempos paleolíticos, início dos tempos, em que o homem lutava contra feras, contra outros homens em busca da sobrevivência e da conquista de novos territórios. A sua força física contribuiu por muitos anos para a construção de poder e domínio. Esse poder também se manifestava dentro dos lares, onde o homem se autodenominava chefe de família, sendo reconhecido socialmente assim por todos os âmbitos e autoridades. Esse papel se refletiu na própria sociedade onde no qual, o homem acreditou que por ser o chefe dentro de seu lar, por ter força física para sobreviver conseguiria também dominar negociações e obter poder sobre outras pessoas, obtendo ajuda se seu próprio ego para assumir cargos na sociedade (PORFÍRIO, 2020, p. 99).

2.4.1 Discriminação de Cargos

No mercado de trabalho, a desigualdade com mulheres se tornou mais visível na diferença salarial entre mulheres e homens, no qual o homem, na mesma função pode chegar a receber o dobro do salário da mulher. Pode-se observar que essa diferenciação ainda é recente e não se trata de algo ultrapassado, visto que ainda é atual. Como retrata Mincato, Dorneles Filho e Soares (2013, s.p.):

Em 2001, os homens recebiam, em média, R\$ 4,75 por hora contratada, enquanto mulheres recebiam R\$ 3,72. Uma diferença de -21,7% em relação à remuneração masculina. Ao longo da década, a remuneração nominal sofreu reajustes, mas a disparidade permanece, atingindo em 2011, o valor de -24.4%.

Outras pesquisas evidenciaram de forma clara e cristalina a desigualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho começando pela remuneração, como pode-se observar pela pesquisa realizada por Rezende (2020, s.p.):

Em 2019, conforme o Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupava a 92ª posição em ranking que mede a igualdade entre homens e mulheres num universo de 153 países. As mulheres brasileiras estão sub-representadas na política, têm remuneração menor, sofrem mais assédio e estão mais vulneráveis ao desemprego. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil é o quinto país do mundo em número de feminicídios (REZENDE, 2020, s.p.).

Outras fontes evidenciam que a maternidade, que é uma particularidade do gênero feminino, também é causadora das diferenças salariais e pela desigualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Em uma pesquisa que acompanhou a licença-maternidade, apontou que cerca de metade das mulheres foram demitidas cerca de dois anos após tirarem a licença. Entende-se que o mercado de trabalho não favorece mulheres por causa dessa característica que, torna a mulher vulnerável por um determinado período e que para o ambiente de trabalho não a torna interessante por precisa ser substituída durante todo esse período de ausência (REZENDE, 2020, s.p.).

Pode-se afirmar que em tempos remotos a mulher precisou se posicionar para tentar evitar situações abusivas que retiravam destas a integridade, tornando-se inferior, mesmo realizando as mesmas atividades e oferecendo os mesmos resultados. Pode-se compreender que a sua valorização foi um processo longo e demorado:

O trabalho feminino passa a integrar crescentemente a estrutura econômica a sociedade capitalista, sempre sob a determinação mencionada, ou seja, submetida ao capital e a sua necessidade de valorização, no entanto nas primeiras décadas do século passado era muito superior a proporção do trabalho masculino em relação ao feminino na esfera produtiva (TOITIO, 2008, p. 02).

Apesar de existirem movimentos que lutam por essa causa, ainda sim, o fenômeno da discriminação e do assédio moral e sexual que ocorre com a mulher, como uma forma de oprimi-la no seu campo de atuação, continuam e a mulher ainda é tratada com inferioridade, se comparada com o espaço ofertado aos indivíduos do gênero masculino. Os espaços destinados a lideranças, melhores cargos e salários, bem como maioria das ocupações dentro de uma empresa, ainda são destinados, na maioria para homens, que em alguns casos ocupam essas vagas mesmo sem preparo ou qualificação para tal, sendo contratados somente pela particularidade de serem homens (PORFÍRIO, 2020, s.p.).

2.5 Assédio moral e sexual laboral

Considera-se como assédio, a perseguição continuada e incansável, realizada de maneiras incorretas e inadequadas que possui como finalidade um único alvo, afetando a

autoestima da vítima, sua paz, decência e liberdade. Com base nisso, existem diversos tipos de assédio, podendo destacar a existência do assédio psicológico, moral, virtual, judicial, sexual dentre outros tipos. Entretanto, todos possuem um único objetivo, perseguir e obrigar alguém a fazer algo que não deseja, sob pressão e sem vontade (HIRIGOYEN, 2011).

Assim, uma característica do assédio é o desconforto que a vítima passa ao ponto de gerar traumas, medos, e doenças psicológicas como ansiedade, depressão, pânico. Sendo por causa disso, considerado como um tipo de violência contra alguém. Mediante ao impacto que o assédio pode trazer para a sua vítima, pode-se destacar o assédio moral e sexual:

Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritas que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2011,p. 67).

Com base nisso, compreende-se que um ambiente de trabalho composto por assédio pode colaborar para o surgimento de doenças e problemas de saúde ocupacional em colaboradores que são obrigados a fazerem atividades decorrentes de assédio diariamente. Esses comportamentos que ocorrem nas atividades laborais colaboram para uma desordem no ambiente de trabalho.

2.5.1 Assédio moral no ambiente de trabalho

O assédio moral no ambiente de trabalho fere de morte um dos princípios mais relevantes do Direito, a dignidade humana. Essa gravidade gira em torno da gravidade pela qual a prática traz para o indivíduo, que no caso de mulheres, compromete a sua produtividade, torna o ambiente de trabalho insalubre, podendo ocasionar doenças tais como Síndrome do Pânico, Lesões por esforço repetitivo, Infecção urinária, depressão, ansiedade, sendo apenas algumas das doenças que podem ser desenvolvidas mediante assédio moral no ambiente laboral. Conforme discrimina Hirigoyen (2011, p.67), o assédio moral ocorre:

[...] em um local de trabalho, temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, gestos, escritos, que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degrada o ambiente de trabalho.

Mediante a isto, considera-se o assédio moral como uma prática perversa realizada por um indivíduo contra outro, no qual o seu principal objetivo é desqualificar o trabalho,

qualificação, competência da vítima, isolando-a dos outros colegas dentro do ambiente de trabalho, oferecendo para estas atividades que possam ser de menor valor, repassando também informações que induzam as colaboradoras ao erro para poder chamar atenção, causando constrangimento perante os colegas de trabalho da vítima. Entende-se que o assédio moral é um psicoterror, pois a colaboradora acaba trabalhando mais que os demais colegas, visto que recebe demandas mais trabalhosas e que requerem mais dedicação. No fim, a vítima se sente lesada, tanto que pode chegar a balbuciar sobre suicídio (HIROGOYEN, 2015).

Desse modo, o assédio moral é tratado como uma violência que geralmente é cometida por uma pessoa que se encontra em um cargo superior ao da vítima. Entretanto, há casos que podem ser cometidos por outros colegas de trabalho com o interesse de fazer a vítima desistir de seu cargo de ocupação ou de sua vaga de emprego. Entretanto, esse tipo de assédio pode ser cometido tanto em um setor de uma empresa privada quanto de um órgão público. Alguns cenários podem favorecer ao desenvolvimento de práticas de assédio moral tais quais: a) estrutura hierarquizada; b) burocracia excessiva; c) regulamentação insuficiente; d) falta de compromisso; e) alta competitividade (CNPM, 2016).

Ademais, devido não ter dentro do ordenamento jurídico leis que possam atuar diretamente nessa causa, o assédio moral no trabalho envolve a Justiça do Trabalho, no qual este tem se posicionado contra diversas práticas cometidas recorrendo-se ao princípio da Dignidade Humana. Entretanto, vale ressaltar que dentro da Constituição Federal de 1988, mais precisamente dentro do art. 1º, inciso III, pode-se prever proteção para todas as pessoas que estejam tendo suas dignidades feridas de morte pela prática desses abusos.

Como descreve CNPM (2016), a Constituição Federal discrimina prática que podem ocasionar em uma desigualdade ou que possam ferir a cidadania das pessoas.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, fixa os fundamentos da República, entre eles: cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais da livre iniciativa (CF/1988, art. 1º, incisos II, III e IV). Em seu artigo 3º, a CF/1988 elenca os objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988, art. 3º, incisos I e IV).

Dessa maneira, mesmo a mulher sendo assediada moralmente dentro do seu ambiente de trabalho e que não tenha um ordenamento jurídico específico para reaver essas práticas abusivas, as vítimas contam com intervenções que foram originadas de projetos e propostas elaboradas a partir de políticas públicas e sindicais advindas do

Ministério Público do Trabalho, onde no qual dá-se início às investigações conforme descreve Amorim (2018, p.49):

É um procedimento administrativo e inquisitorial, informal, a cargo do Ministério Público do Trabalho, destinado a investigar sobre ilegalidade do ato denunciado, a colher elementos de convicção para ajuizamento da Ação Civil Pública ou de qualquer outra medida judicial e, convencido o órgão condutor, da irregularidade denunciada, a tomar do inquirido termo de ajustamento de conduta às disposições legais.

Em vista disso, a partir do ano de 1993, o Brasil passou a se comprometer em proteger pessoas dentro do seu ambiente laboral, com o foco principalmente na segurança das vítimas. Entretanto, posteriormente ao ano de 2008, todos os avanços sobre esse tema foram mantidos e estagnados, apresentando-se desinteresse das autoridades em proteger o colaborador dentro do seu ambiente de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 87).

2.5.2 Assédio sexual

Entende-se que todas as aproximações que podem trazer intimidação e gerar incômodo, bem como vergonha ou causar medo, são consideradas como um assédio. O que diferencia do assédio é a permissão que ocorre entre ambas as partes que gera consentimento, se não tiver este é um assédio. Por isso, pode-se compreender que o assédio sexual que ocorre dentro do ambiente de trabalho ocorre com o intuito de constranger ou intimidar a vítima através de cantadas e insinuações que ocorrem de maneira constante, podendo ser explícitas ou não. Algumas vezes pode ocorrer de forma sensual ou sexual, mas a finalidade é de obter benefícios sexuais, geralmente se apresenta cercada de privilégios ou ameaças, que pode ser de um colega ou ainda do próprio superior.

A conduta proibida consiste em constranger (importunar, incomodar, forçar, obrigar, aborrecer insistentemente), com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, vale dizer, qualquer benefício ou favor libidinoso que ofenda o pudor médio. O tipo consiste, portanto, na insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais do subalterno. E não exige, ao menos expressamente, o fim da conjugação carnal (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018, s.p.).

Desta feita, o assédio sexual não somente pode existir entre pessoa do sexo oposto, mas também pode acontecer com pessoas do mesmo sexo. Entretanto, essas práticas são frequentes, no entanto ocorre que a mulher se sente constrangida em reportar as situações, muitas vezes se sentindo culpada pelos assédios, chegando muitas vezes a se auto

questionarem se suas atitudes foram de fato inapropriada no ambiente de trabalho ao ponto de obter esse comportamento de outra pessoa.

2.5.3 Danos Causados

O assédio moral e o sexual trazem danos em longo prazo para a vítima. Visto que o assédio moral são atos compostos por atitudes inapropriadas e que saem do padrão do que deve acontecer dentro do ambiente de trabalho, a atitude advém geralmente de um cargo superior, muitas vezes pelo líder ou até mesmo pelo próprio patrão, que traz consigo um comportamento de perseguição, grosserias que atuam diretamente no psicológico da vítima, também afetando o campo físico de sua saúde. Afeta a saúde devido a exposição às situações que podem inclusive condicionar e expor a colaboradora a perigos ou doenças:

O assédio moral constitui-se de um fenômeno que consiste na exposição dos trabalhadores e trabalhadoras (quando o assédio ocorre no ambiente de trabalho) a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. Ele é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um ou mais subordinados, atitudes essas que desestabilizam a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-a desistir do emprego (STADLER, 2008, p.69).

Os dados ocasionados tanto pelo assédio moral quanto pelo assédio sexual trazem sofrimento à vítima, comprometendo o seu estado psicológico, no qual a vítima se sente com medo, oprimida, acuada, constrangida, em algumas vezes se omite dos fatos para manter o emprego, fator principal no qual o abusador permanece causando danos.

2.5.4 Código Penal

A Lei nº 10.224 incluiu dentro do Código Penal algumas especificações voltadas para o assédio sexual. No qual torna esse delito mais ofensivo do que em tempos anteriores, pois anteriormente era considerado como um potencial ofensivo menor, sendo apenas um crime de intimidação ilegal. Com isso, a atuação desta lei torna o assédio moral e sexual como uma ação que ocorre por parte de alguém para constranger outro indivíduo com o único objetivo de obter vantagens ou favorecimento, seja sexual ou moral, aproveitando-se de sua posição hierárquica para intimidar e oprimir a vítima.

Entretanto, o assédio moral ou sexual quando cometido em ambiente laboral se torna uma falta considerada como grave e pode resultar em demissão por justa causa, levando-se em consideração a Consolidação das Leis do Trabalho. Ocasiona-se abertura de processo administrativo com suas respectivas complicações, bem como pode resultar em punição do abusador ou agressor que comete o assédio. Contudo, a pena criminal para quem comete assédio sexual e moral pode resultar em até dois anos de detenção. Como ressalta Jesus (2002, p. 109):

É preciso, entretanto, que alguns elementos identificados, como requisitos necessários para que se possa precisar as consequências jurídicas do assédio sexual. Vale ressaltar, que a conotação sexual seja evidente, que a insistência em se obter favores sexuais se mostre indesejada pelo assediado, que se dê em decorrência da hierarquia ou ascendência inerentes ao exercício da relação de emprego e que a conduta, que pode ser verbal ou física, possa trazer prejuízos ao emprego, ao cargo ou função, ou seja, deve observar-se a legitimidade do direito ameaçado ou a injustiça do sacrifício a que a vítima deva suportar por não ceder ao assédio.

Com isso, o assédio sexual é considerado como um crime do processo penal privado, sendo que a vítima pode obter um advogado para que esse possa instaurar uma ação penal mediante as queixas aclamadas pela mulher que foi assediada. Contudo, em casos em que a vítima não possui capital para fazer com que um advogado apresente a sua queixa, instaura-se primeiramente um inquérito policial que vai depender das informações que a vítima irá dispor ou do seu próprio representante legal para que esta consiga obter uma investigação policial.

Entretanto, em casos em que exista carência da vítima e de seus representantes legais, o crime torna-se parte de um processo penal público representativo, tendo como principal autor o próprio Ministério Público, que por sua vez será autor da ação penal em nome da vítima. No entanto, para que isso aconteça, o MP dependerá da prévia representação e das provas advindas da vítima.

Quando os assédios são praticados por mais de um abusador, todos os outros envolvidos, que por sua vez auxiliaram no assédio e colaboraram com o crime, também podem ser responsabilizados. Colegas de trabalho que estão no mesmo nível da vítima podem ser acusados de serem coautores do assédio moral ou sexual, ou ambos, por participarem da ação contra a vítima.

Quando comprovado o crime, a rescisão de relação de trabalho pode conduzir essa vítima a uma reintegração profissional, ou ainda está pode obter uma cobrança de remuneração ao dobro por período de licença, de acordo com o que embasa a Lei nº 9.029/95, mais precisamente dentro do seu art. 4º, visto que o assédio moral ou sexual

pode resultar em doenças ou patologias tanto físicas quanto mentais da mulher. Em vista disso, as lesões adquiridas por esse período são consideradas como doença ocupacional, podendo obter direitos e garantias advindas dessa condição, tais como: emissão do CAT, recebimento do auxílio, adequação da função ou do horário de trabalho, estabilidade do emprego após o término do benefício da previdência social.

3 CONCLUSÃO

De acordo com toda a pesquisa realizada, pode-se observar que a mulher, no decorrer dos anos, foi galgando suas conquistas por espaço, seja no campo laboral ou jurídico. Foram necessárias manifestações e mortes para que mulheres fossem respeitadas e ouvidas mediante suas necessidades, como redução de jornada de trabalho ou por melhores condições.

Essas conquistas foram se tornando cada vez maiores depois que o patriarcado foi perdendo suas forças e seu poder sobre a sociedade. Visto que, o homem era considerado como a peça fundamental e principal na representatividade da sua família, seus filhos e de sua própria esposa. A mulher, no patriarcado, não tinha voz e suas necessidades eram deixadas em segundo plano, reduzindo a sua presença a uma pessoa subserviente, que estaria disponível apenas para servir o homem.

Entretanto, toda a conquista trouxe também significância para os direitos das mulheres, no qual passou a fazer parte da Constituição Federal de 1988 a igualdade de direito entre todos os gêneros. A partir desse marco, as leis foram sendo criadas para amparar e assegurar a mulher de seus direitos igualitários junto aos homens.

Com a proteção do Estado, as mulheres passaram a obter voz perante assédios sexuais e morais, que são ações realizadas tanto por homens quanto por outras mulheres, com a finalidade de oprimir, constranger e denegrir a reputação da mulher, enfraquecendo-a perante seu ambiente de trabalho, para que esta futuramente possa ser demitida.

Com isso, a Lei nº 10.224/2001 trouxe a punição de abusadores e trouxe consigo todas as providências relacionadas ao assédio sexual, com o intuito de proteger as vítimas e de protegê-la na sua integridade. Com relação ao assédio moral, ainda há a ausência de leis dentro do ordenamento jurídico que trate diretamente sobre essa problemática, precisando recorrer-se aos Direitos Humanos para conseguir proteção e reparo mediante as práticas cometidas no ambiente de trabalho.

Pode-se observar que o assédio moral e sexual pode trazer danos físicos e psicológicos para as vítimas, prejudicando-as perante suas atividades laborais. Além disso, a mulher vítima desses dois assédios se sente usada, oprimida, pode manifestar sintomas

de depressão, desenvolvimento de traumas que podem dar origem a transtornos psicológicos que comprometem a sua qualidade de vida.

Contudo, a pena para quem comete esses crimes ainda é considerada branda, visto que pode ocorrer até dois anos de detenção com multa, agravando esta pena em até um terço se a vítima for menor de idade. Sugere-se para pesquisas futuras, a importância da conscientização no ambiente de trabalho, sobre o respeito e a isonomia entre homens e mulheres nas atividades laborais, visto que, mesmo sendo retrógrado ainda há casos de desigualdade de gêneros sendo praticadas em diversos setores e empresas do país.

4 REFERÊNCIAS

ANDREASSY, E. **Sobre a origem da opressão da mulher**. 2018. Disponível em: <https://www.sintrajud.org.br/wp-content/uploads/2018/04/sobre-a-origem-da-opressao-da-mulher_ErikaAndreassy.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2022.

BARRETO, A.C.T. **A igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/39xz0Fp>>. Acesso em 17 mai 2022.

BARRETO, A.C.T. **A igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/9875/IGUALDADE_20ENTRE_20HOMENS_20E_20MULHERES_20NO_20ORDENAMENTO_20_20_20_20_20_20JUR_DICO_20BRASILEIRO_1_.pdf> Acesso em 09 mai 2022.

BRASIL. **Lei 3.071/1916**. Brasília: Senado, 1916.

CÂNCIO, F. **Se as mulheres que trabalham nas fábricas parassem 20 minutos perdíamos a guerra**. Diário de Notícias. Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.dn.pt/1864/das-fabricas-ao-batalhao-da-morte-a-primeira-grande-guerra-das-mulheres-10160028.html>>. Acesso em 09 de maio de 2022.

COSTA, A.K.S. **Direito e feminismos: a luta das mulheres contra as formas de opressão**. FURG. 2018. Disponível em: <<https://7seminario.furg.br/images/arquivo/235.pdf>> Acesso em 09 de maio de 2022.

DIAS, F. **A Revolução Russa e o protagonismo das mulheres**. Esquerda Online. Mar. 2017. Disponível: <<https://esquerdaonline.com.br/2017/03/08/a-revolucao-russa-e-o-protagonismo-das-mulheres/>> Acesso em 09 de maio de 2022.

LIMA, T. **A origem da opressão às mulheres está na divisão da sociedade em classes**. Esquerda diário, 2015. Disponível em: <<https://www.esquerdadiario.com.br/A-origem-da-opressao-as-mulheres-esta-na-divisao-da-sociedade-em-classes>> Acesso em 09 de maio de 2022.

MARTINS, I. **O papel da mulher na Roma Antiga**. História Sete. Maio. 2016. Disponível em:< <https://sites.google.com/site/lehist09/home/idade-antiga/civilizacao-romana/opapeldamulher>> Acesso em 09 de maio de 2022.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 38ª Edição. São Paulo: Atlas, 2022

MOSCHOVICK, M. **Machismo, a opressão primeira**. 2016. Disponível em:< <https://outraspalavras.net/sem-categoria/machismo-a-opressao-primeira/>> Acesso em 09 de maio de 2022.

SESI. **O papel da mulher na indústria**. Mar. 2020. Disponível em:< <https://www.sesipr.org.br/informacoes-sst/o-papel-da-mulher-na-industria-1-33630-433465.shtml>> Acesso em 09 de maio de 2022.

SILVA, G.C.C. A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais. **Revista SBPH**. V.8, n.2, Rio de Janeiro, dez, 2015.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 215.

SOUSA, R. G. **O cotidiano da mulher na pré-história**. Brasil Escola. Disponível em:< <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/o-cotidiano-mulher-na-pre-historia.htm> > Acesso em 09 de maio de 2022.

SOUZA, M. **A opressão contra as mulheres ainda é uma realidade**. 2018. Disponível em:< > Acesso em 09 de maio de 2022.

TOSI, M. **A conquista do direito ao voto feminino**. Agosto. 2016. Disponível em:< <https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>> Acesso em 09 de maio de 2022.

VENOSA,S.S. **Direito civil, família e sucessões**. 20a Edição. São Paulo: Atlas, 2020.

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

LAÍNE KAYELE MELO DE MOURA SAIKI:
Graduanda em Direito do Centro Universitário
Santo Agostinho (UNIFSA)⁸⁸

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO⁸⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo apresenta um debate teórico e uma reflexão crítica acerca da relativização da admissibilidade da prova ilícita no processo civil brasileiro. Através de pesquisa bibliográfica, por abordagem dedutiva, é percebido que o instituto da prova ilícita, presente no ordenamento jurídico pátrio, poderá ser reconsiderado e reposicionado se tomada a perspectiva do princípio da proporcionalidade. Desse modo, não é definida como absoluta a ideia inferida à categoria da prova ilícita e a teoria dos frutos da árvore envenenada. O desfazimento do rigor atribuído à não aceitação das provas ilícitas no processo civil, confere ao juiz o encargo de arazoar, em cada caso concreto, os princípios e direitos fundamentais ora conflitantes e os meios utilizados para obtenção das provas na conjuntura específica de cada situação, firmando assim a aceitação ou não da prova ilícita retratada.

Palavras-chave: Princípios Fundamentais, Proporcionalidade, Prova Ilícita, Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Questão Histórica das Provas no Ordenamento Jurídico. 2.1 Conceituação Doutrinária Acerca das Provas no Direito Brasileiro. 2.2 Tipologias de Prova na Teoria Geral das Provas. 3 Meios e Espécies de Provas no Direito Processual Civil Brasileiro. 3.1 Provas Ilícitas. 3.2 Provas Típicas e Atípicas. 3.3 Provas Ilegítimas. 4 Processo Civil Brasileiro e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. 4.1 Progresso Histórico da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. 4.2 Adequação das Provas Ilícitas ao Processo Civil Brasileiro. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

⁸⁸ lainesaiiki@icloud.com

⁸⁹Coordenador Adjunto e Professor do Centro Universitário Santo Agostinho. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/MG. Mestre em Direito Processual Civil pela PUCRS. Doutor em Direito Processual Civil pela UNESA (RJ), fabriciofcarvalho@gmail.com.

É de extrema necessidade a validação dos argumentos apresentados pelas partes que compõe um processo, para que seja assim consagrada sua vitória frente a ao objetivo pretendido. Dessa forma, abriu-se caminho para a produção e apuração de provas dos acontecimentos e circunstâncias. Em senso comum, provar nada mais é que demonstrar a veracidade de alguma informação, fornecer os meios que afirmem sua alegação. Como prova é considerado o elemento material dirigido ao juiz para deslindar o que foi exposto pelas partes.

No primeiro capítulo do presente artigo será abordada a questão histórica das provas no ordenamento jurídico, com um enfoque sobre o que diz a doutrina sobre o assunto e a tipologia das provas dada pela Teoria Geral das Provas. Como forma de inserção nesse meio, há por exemplo, a compreensão que como provas ilícitas, entende-se aquelas em que a forma de aquisição viola as normas de direito tanto material como constitucional.

Outrossim, o segundo capítulo trata dos meios e espécies de provas no Direito Processual Civil Brasileiro, demonstrando o que são as provas ilícitas, típicas, atípicas e as provas ilegítimas. O interesse coletivo acerca do tema da aceitação ou não das provas ilícitas em meio a um processo civil surge, principalmente, pela polêmica criada a respeito do assunto. Trata de um dos problemas mais discutidos na atualidade devido ao alto teor de relevância dos elementos envolvidos. Por um lado, é quase que inaceitável, do ponto de vista moral e eticamente aceito, a possibilidade de que alguém tire proveito de uma situação antijurídica para a produção de provas contra outrem. Porém, caso outro ponto de vista seja considerado, para que seja assegurado ao processo um julgamento justo e correto, nada que corrobore para o descobrimento da verdade deverá ser desconsiderado. Logo, é notória a dificuldade de encontrar um ponto comum que atenda às necessidades das duas exigências requeridas.

Surge aí um inegável problema social demonstrado por um conflito de interesses, a necessidade de resguardar o direito de acesso a tutela jurisdicional justa de uma das partes, direito que somente será assegurado por meio da explanação de provas que comprovem de fato o que foi apresentado, e evitar que a salvaguarda do direito citado anteriormente viole garantias, liberdades e direitos a que a parte contrária tem faculdade.

Diante disso, o terceiro capítulo discorre acerca do processo civil e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, ressaltando o progresso histórico de tal teoria e a adequação atual das provas ilícitas ao processo civil brasileiro. A *fruits of the poisonous tree* teve doutrina criada e firmada pela Suprema Corte norte-americana no ano de 1920, quando foi adotado o posicionamento de que quando há a permissão de que evidências que tenham sido

derivadas de fatos ilegais sejam utilizadas, existe um estímulo a que a polícia descumpra a 4ª Emenda da Constituição norte-americana, a qual faz referência à proteção do cidadão contra buscas e apreensões cometidas de forma arbitrária.

Trazendo o tema para um enfoque nacional, a jurisprudência brasileira ainda não apresenta uma posição pacífica sobre a admissibilidade das provas ilícitas, sendo por derivação ou não, no processo civil. Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, não era encontrada no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma referência a uma proibição quanto ao aproveitamento das provas obtidas por meio ilícito.

O Supremo Tribunal Federal (STF) adotou anteriormente entendimento a respeito da incomunicabilidade da ilicitude das provas, logo, o vício identificado em uma prova tida como ilícita não contaminaria as outras dela decorrentes, que seriam assim, consideradas válidas. Entretanto, houve um entendimento posterior que acabou por alterar a situação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, assim, o STF dispôs que as provas obtidas por meios ilícitos e aquelas que fossem derivadas da mesma fontes ilícitas deveriam ser consideradas como inaceitáveis ao devido processo legal, por terem sido contaminadas pela prova que lhes originaram.

O presente estudo tratará da extensão que o efeito da ilicitude das provas poderá ou não receber, com uma análise comparativa dos casos de admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil além de uma breve revisão bibliográfica acerca do assunto, se há a possibilidade de que estas afetem o processo como um todo. Mesmo não existindo consenso a respeito da vedação ou aceitação das provas ilícitas dentro do processo no direito norte-americano, este foi precursor quanto ao termo *fruits of the poisonous tree*, tomando como tradução para a língua portuguesa, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Além disso, também é indispensável a discussão acerca da ponderação que pode haver nesses casos de conflito, utilizando-se do princípio da proporcionalidade para a obtenção do devido processo legal, obtendo uma sentença de mérito de maneira justa e digna.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com a utilização do método dedutivo, pois há considerações doutrinárias e legais com foco nos institutos a que interessam ao assunto e no esclarecimento de demandas pertinentes que contribuam para o entendimento do conhecimento em foco.

2 A QUESTÃO HISTÓRICA DAS PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na antiguidade, por não existir qualquer tipo de legislação escrita à disposição, o Direito se perpetuava pela forma verbal, pela tradição. Era papel dos sacerdotes lembrar

o que seriam apontadas como as primeiras decisões judiciais. Desse modo, a aplicação continuada de tais decisões acabou por instaurar costumes, que posteriormente seriam transformados em leis e sucessivamente em códigos.

No que tange à evolução do direito positivado, Paulo Dourado Gusmão, (1999, p. 285-286) leciona:

O direito, nos primeiros tempos, manteve-se vigente graças à memória dos sacerdotes, que foram os primeiros juízes, e que guardavam em segredo as regras jurídicas. Depois, vigorou nas decisões do conselho dos mais velhos. Transmitiu-se oralmente a princípio. Era então tradição sagrada. Cada caso rememorava e devia ser decidido fielmente como o antecedente. Nesse tempo, inexistiam códigos ou leis. Segredo era o conhecimento do direito, guardado com muito zelo pelos sacerdotes ou pelos mais velhos, que assim, mantinham as suas posições sociais e privilégios. Com o tempo, o direito tornou-se conjunto de decisões judiciais, casuístico, mantido ainda em segredo. Muito depois, tais decisões, sendo ininterruptamente repetidas, tornaram-se costumeiras. Surge assim da sentença o costume jurídico. Mas em algumas comunidades a indiscrição de uma escriba revela o segredo guardado pelos juízes (sacerdotes), tornando-o público, como ocorreu em Roma com o Lus Flavianun, direito dos Pontífices revelando em 304 a.C. pelo escriba Gneo Flavio. Então, das sentenças surgiu a lei, ou melhor, o código. Finalmente em outras comunidades, reis-legisladores-sacerdotes reduziram a escrito as principais sentenças imemoriais como fizeram Hamurabi e os reis sumerianos anteriores.

Mesmo que de maneira remota e não positivada, as provas sempre estiveram presentes na realidade jurídica do mundo, uma vez que a busca pela justiça era incessante e inesgotável. Tal afirmação é validada pelo que demonstra Theodoro Júnior (2008, p.14):

Após a queda do império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados de bárbaros, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. A princípio, nem mesmo uniformidade de critérios existia,

pois, entre os dominadores, cada grupo étnico se regia por um rudimento próprio e primitivo de justiça, segundo seus costumes bárbaros. Numa segunda etapa, houve enorme exarcebação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízes de Deus”, os ‘duelos judiciais’, e as ‘ordálias’. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio do método cabalístico.

Desse modo, é nítido observar que o instituto das provas estava intimamente interligado à religião. Segundo João Batista Lopes (2002, p.13) havia “uma certa invocação para que a divindade guiasse e protegesse a busca pela verdade”. Como anteriormente citado, são exemplos de modos de obtenção da autenticidade genuína as ordálias, os juramentos e os duelos. Ainda em consonância ao apresentado, dispõe João Batista Lopes (2002, p.19):

As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta de verdade mediante o emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a ‘prova de fogo’, a ‘prova das bebidas amargas’, a ‘prova das serpentes’, a ‘prova da água fria’.

Lopes (2002, p. 20) descreve ainda o modo como ocorriam as provas, demonstrando a baixa probabilidade de absolvição dos casos, já que a forma de revelar e justificar os fatos em nada se relacionava com o real intuito:

Na ‘prova de fogo’ o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro em brasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferros quentes. A ‘prova das bebidas amargas’ consistia em obrigar a mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se mantivesse a naturalidade, seria considerada inocente; mas culpada, se contraísse o rosto e apresentasse os olhos inchados de sangue. Na ‘prova das serpentes’, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis. Já na ‘prova da água fria’ atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria considerado culpado; se flutuasse, como inocente.

Assim, como preceitua Santos (s.d. *apud* PAULA, 2003, p. 26):

Deve-se notar que, por tradição dos povos antigos e sua vinculação e influência da religião, erigiram-se como meios de Provas as ordálias e o juramento. Justifica-se a admissão desses meios de provas ao fato de a religião explicar o que a razão humana não explicava, pois o homem era impotente para descobrir a verdade por meio do raciocínio. Daí os Juízos de Deus. Assim, acreditava-se que Deus não abandonaria o inocente e ninguém se atreveria a tomar Deus como testemunho de uma falsidade.

Por meio desse modo de concepção ocorriam os julgamentos, de maneira intrinsecamente atrelada ao fanatismo religioso. Ainda no tocante a isso, Theodoro Júnior aduz (2008, p.14):

O processo era extremamente rígido (formal), e os meios de Prova eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabendo ao Juiz, que tão somente verificava a existência da Prova. O valor de cada Prova e a sua consequência para o pleito já vinham expressamente determinados pelo direito positivo. A Prova, portanto, deixara de ser o meio de convencer o Juiz da realidade dos fatos para transformar-se num meio rígido de fixação da própria sentença. O juiz apenas reconhecia sua existência. [...] Esse sistema processual perdurou por vários séculos, até fase bem adiantada da Idade Média.

Com o decorrer dos séculos e a evolução da história, a questão das provas também galgou novos patamares. A mudança mais significativa ocorreu com o advento da Revolução Francesa, com a qual adveio a adoção dos atuais princípios processuais como o do livre convencimento do juiz para julgar as lides a ele dedicadas. Dessa maneira, foram pouco a pouco extinguidos os resquícios da tarifa legal das provas, inicialmente utilizadas no processo penal e logo após no processo civil (THEODORO JÚNIOR, 2008).

2.1 CONCEITUAÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DAS PROVAS NO DIREITO BRASILEIRO

O direito à prova integra a grade de princípios constitucionais da garantia de acesso à justiça, mais especificamente no art. 5º, XXXV, CF, juntamente ao direito ao contraditório e à ampla defesa, no também art. 5º, tais direitos são elementos indissociáveis ao processo justo, que constitui toda a estrutura do processo civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 260). Segundo entendimento da doutrina moderna, entretanto, o direito fundamental a prova encontra-se revestido de complexidade, uma vez que ele está composto das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de

requerer provas; *b*) o direito de produzir provas; *c*) o direito de participar da produção da prova; *d*) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; *e*) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 47). Dessa forma, não somente o direito de alegar determinados fatos como sendo provas é concedido, mas também a garantia aos litigantes ao direito do contraditório e da ampla defesa, com a necessidade de provar as alegações feitas pelos meios devidos.

É notório que a conceituação do termo “prova” não é dada somente pelo âmbito jurídico, é uma noção que pode ser encontrada em todos os ramos da ciência, como validação dos processos empíricos (MARIONI; ARENHART, 2011, p. 57). A palavra advém do latim *probatio* e significa ensaio, verificação, exame, inspeção, argumento, ação, aprovação ou confirmação. Dela deriva ainda o verbo provar – *probare* – que tem como significação provar, ensaiar, verificar, examinar, demonstrar ou persuadir alguém a alguma coisa.

No meio jurídico, o vocábulo vincula-se à ação de provar, que o objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, acontecimento ou episódio (NUCCI, 2015, p. 17). Seguindo por esta linha, para o direito processual prova é *“todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”* (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016, p. 59).

O art. 369 do CPC brasileiro (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) disciplina *in verbis*:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Desse modo, como descrito anteriormente, é direito indeclinável das partes o aproveitamento dos mais diversos meios de prova se estes forem utilizados para demonstrar a veracidade dos fatos ocorridos e infundir beneficentemente o entendimento do juiz.

2.2 TIPOLOGIAS DE PROVA NA TEORIA GERAL DAS PROVAS

São ditos como tipos ou formas de provas as variantes pelas quais as mesmas se apresentam em juízo. Consta no Capítulo VI – Das provas, do Código de Processo Civil, em seus artigos 332 a 443 a subdivisão em: depoimento pessoal, confissão, exibição de

documento ou coisa, prova testemunhal, documental e pericial e a inspeção judicial, sendo essas consideradas as provas em espécie.

Quando dotado de utilidade, o depoimento é destinado a produção de provas à parte oposta à do depoente, este nasce com um duplo objetivo, seja de provocar certa confissão da parte ou então de meramente esclarecer os fatos apresentados. O primeiro passo para o requerimento de tal instituto pode partir tanto da parte contrária, como aduz o art. 343 do CPC, como do próprio juiz, segundo definição do art. 342 também do CPC. Desse modo, como descreve Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 482) o depoimento é o método probatório designado a realização do interrogatório da parte no andamento do processo, podendo ser aplicado tanto ao autor como ao réu.

De acordo com o artigo 348 do Código de Processo Civil existe confissão a partir do momento em que a parte admite ser verdadeiro determinado fato, sendo este contrário ao seu interesse na causa e favorável à parte oposta, define ainda que pode a confissão ocorrer de forma tanto judicial como extrajudicial. Contudo, Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 485) define:

É a confissão apenas um meio de prova, que, como os demais, se presta a formar a convicção do julgador em torno dos fatos controvertidos na causa. Pode muito bem ocorrer confissão e a ação ser julgada, mesmo assim, em favor do confitente. Basta que o fato confessado não seja causa suficiente, por si só, para justificar o acolhimento do pedido.

Desse modo, é correto afirmar que a confissão meramente feita não apresenta efetividade se não atendidos determinados fundamentos. Ademais, mesmo sendo em regra indivisível, esse caráter poderá ser mitigado como discorre o artigo 354 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente-lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

Existe também a possibilidade de o juiz se utilizar de certo tipo de prova em que o fim é uma exposição documentos ou de qualquer outra coisa que se mostre apropriada à instrução processual. Vicente Greco Filho (2009, p. 222) declara a classificação da prova

de exibição em três departamentos distintos: a) a exibição como resultante de ação autônoma principal, esgotando-se o interesse material do autor, quando exibida; b) a exibição cautelar preparatória, que pode ter a finalidade de constatação de um fato sobre a coisa, ou com finalidade probatória futura, ou ainda com a finalidade de ensejar outra demanda. Ainda nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 464) define que este documento ou esta coisa que vier a ser exibida deverá manter algum nexo com a causa, estar interligada de alguma forma ao assunto litigado, e, caso isso não aconteça, a exibição deverá ser contraposta pelo fato de a parte não apresentar interesse em sua postulação.

Seguindo os ensinamentos do Professor Moacyr Amaral Santos (2004, p. 340) a “prova testemunhal, no sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas testemunhais, ou orais, se compreendem as produzidas por testemunha, depoimento da parte, confissão, juramento”.

Segundo Vicente Greco Filho (2009, p. 234), existem determinados elementos que caracterizam uma testemunha. Deve esta ser: a) pessoa natural; b) pessoa estranha à ação; c) pessoa que tem conhecimento sobre o fato litigioso; d) pessoa regularmente convocada para depor em juízo; e e) pessoa capaz de depor e não ser impedida para este fato.

Dessa forma, são incapazes de depor como testemunha: a) o interdito por demência; b) o que não podia depor – por demência ou debilidade mental – ao tempo do fato, por faltar-lhe capacidade de discernir a respeito das questões envolvendo o litígio; c) o menor de 16 anos; d) o cego e o surdo apenas quando a questão fizer necessária a percepção de seus respectivos sentidos que lhes são ausentes. O menor entre 16 e 18 anos é habilitado a depor como testemunha, porém não responde pelo crime de falso testemunho, já que é inimputável.

São ainda os impedidos de depor como testemunha: a) o cônjuge, bem como o ascendente, descendente em qualquer grau, ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes. As exceções relacionadas ao interesse público e caso não haja outro meio de obter a prova, em se tratando de causa relativa ao estado da pessoa; b) quem é parte na causa; c) aquele que intervém na ação em nome de uma das partes, o tutor, o juiz, o advogado ou o representante de pessoa jurídica, entre outros.

Os suspeitos de depor como testemunha são: a) o condenado de crime de falso testemunho (com sentença já transitada em julgado); b) o que não é digno de fé; c) o inimigo/amigo íntimo da parte; ou d) quem tiver qualquer interesse no litígio.

É de inteiro saber que o art. 406 do Código de Processo Civil depreende que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos que lhe tragam grave dano a si mesma ou a pessoas diretamente ligadas a ela, em caso de fatos que é necessário guardar sigilo. Quem está sob sigilo profissional também não poderá ser obrigada a fazer o mesmo, sob pena de incorrer no crime de violação de segredo profissional, estabelecido pelo art. 154 do Código Penal.

Seguindo o princípio da persuasão racional e o disposto no art. 131 do CPC, a lei faz restrições, em determinadas situações, à prova testemunhal, sejam estas quando já estiver provado a demonstração das provas por documento ou confissão. Somada a esta restrição, dispõe o art. 366 do CPC que, se a lei exigir instrumento público para substanciar o ato, nenhuma outra prova poderá suprir sua falta. O juiz então, indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte.

Há cenários em que não são admitidos a prova exclusivamente testemunhal, a exemplo dos contratos, pagamento e remissão de dívida de valor superior a dez vezes ao salário mínimo vigente no país, nesses casos a prova testemunhal age de maneira complementar da prova de começo e da prova por escrito ou ainda admissível caso o credor não possa obter uma prova por escrito.

Ademais, define que “prova documental é a afirmação escrita ou gravada: as escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias etc.” (SANTOS, 2004, p. 340). As provas documentais compreendem as coisas escritas, desenho, fotografias, gravações sonoras, filmes, entre outros. Todo e qualquer registro físico a respeito de um fato é abarcado pelo conceito de prova documental.

Vicente Greco Filho (2009, p. 223) define que “documento é todo objeto do qual se extraem fatos em virtude da existência de símbolos, ou sinais gráficos, mecânicos, eletromagnéticos etc. É documento, portanto, uma pedra sobre a qual estejam impressos caracteres, símbolos ou letras; é documento a fita magnética para reprodução por meio do aparelho próprio, o filme fotográfico etc.”

Documento, quando utilizado como prova de um negócio jurídico é definido como instrumento. Como narra Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 471): “Documento é gênero a que pertencem todos os registros materiais de fatos jurídicos. Instrumento é, apenas, aquela espécie de documento adrede preparado pelas partes, no momento mesmo em que o ato jurídico é praticado, com a finalidade específica de produzir prova futura do acontecimento”. O artigo 364 do CPC define que os documentos públicos podem ser: a) judiciais, quando baseados em peças dos autos e elaborados por escrivão; b) notariais, quando são provenientes de tabeliães ou oficiais de Registros Públicos; ou

c) administrativos, quando originários de outras repartições públicas. Pelo fato de nem sempre ser possível a apresentação da documentação original a lei processual, disciplinou sobre as cópias no que define o art. 365 do referido Código.

As provas materiais são, como aduz também o professor, são as provas que consistem “em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc” (SANTOS, 2004, p. 341).

É nítida a previsão dos referidos tipos probatórios no Código de Processo Civil, em seu capítulo VI do Livro I, porém, com o intuito de trazer mais efetividade e veracidade ao processo, o legislador principia o dito capítulo VI, em seu artigo 332, agregando ao ordenamento jurídico brasileiro a capacidade de reconhecimento de qualquer tipo de prova.

Vale ressaltar que somente o que versa regularmente nos autos pode servir de prova para dirimir a lide. Desse modo, são admitidos meios de prova não especificados, desde que moralmente legítimos.

Assim, Humberto Theodoro Junior (2014, p. 462), aduz que toda prova deve conter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. Além disso, define que a prova judiciária tem como objeto os fatos depreendidos pelas partes em juízo. Seu propósito é a estruturação de um entendimento em torno dos mesmos fatos. O alvo receptor é o juiz, uma vez que este é quem será convencido ou não sobre a verdade dos fatos, afim de, futuramente, dar a solução jurídica de mérito e justa ao litígio em questão.

Já a inspeção judicial é o meio de prova que equivale a percepção do magistrado acerca das coisas ou pessoas que estão envolvidos em determinado litígio. O juiz do caso pode inspecionar coisas, pessoas ou lugares independentemente da fase em que se encontra o processo, tudo isso com o intuito de alcançar um autoconvencimento justo em seu favor. Ademais, é válido ressaltar que a inspeção ocorre a requerimento da parte, mas que esta não pode ser exigida do juiz, existindo a opção tanto de deferimento como de indeferimento. O procedimento de inspeção geralmente ocorre em audiência, porém, a depender do caso, o juiz pode se deslocar ao local necessário.

3 MEIOS E ESPÉCIES DE PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

É sabido que o objetivo principal da utilização das provas em um processo como um todo é ajudar na formação da convicção do juiz do caso. Desse modo, são acolhidos como

meios de prova legalmente reconhecidos os presentes no Código de Processo Civil, como visto anteriormente.

Além destes, subsistem outros meios que mesmo não estando expressa e legalmente descritos são considerados moralmente legítimos. Outrossim, é importante arrazoar que mesmo os meios sendo ilegítimos ou até mesmo ilícitos não configura situação capaz de declinar o seu caráter probatório.

A partir de uma análise mais detalhada, é possível inferir que o CPC de 1973 é mais liberal, com relação ao tópico que trata das provas, que o anterior. Aquele se apresenta mais congruente com o que vigora na ciência processual moderna, uma vez que triunfa ante o formalismo, a busca pela justiça ideal, alicerçada, sempre que possível, pela busca da verdade material.

Como citado anteriormente, do CPC retira-se como meios de prova expressamente identificados o depoimento, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial. Ademais, são considerados os meios de prova moralmente legítimos: os indícios, as presunções e as provas emprestadas.

3.1 PROVAS ILÍCITAS

Dentre tantos conceitos gerais acima elencados, o de prova ilícita é sem dúvidas um dos principais para o entendimento do referido projeto. Prova ilícita é aquela afetada pela ilicitude no que diz respeito ao modo de sua obtenção de acordo com José João Abrantes (1986, p. 12). Logo, é uma prova que acaba por violar a ordem jurídica, e por consequência disso não é apta para a formação da convicção do magistrado, a conduta que deu origem ao meio de prova merece reprovação legal, por conseguinte é ilícita.

Ilícita é também a prova colhida com infração a normas ou princípios do direito material, especialmente os de direito constitucional, pois a ilicitude da prova está intimamente vinculada à questão das liberdades públicas, onde há o asseguramento aos direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade e à dignidade humana (AVOLIO, 2010). Diante disso, são os atos processuais também considerados ilícitos, quando forem contrários aos distames do direito, resultado do descumprimento de um dever.

3.2 PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

Define-se como prova típica toda aquela que se encontra prevista em lei, ou seja, regulamentadas pelo Código de Processo Civil, tendo como exemplo as provas periciais,

documentais, testemunhais, a confissão, a prova emprestada, a inspeção judicial e o depoimento pessoal. Em contrapartida, as provas atípicas são aquelas não previstas no Código de Processo Civil, podendo ter previsão em outro instituto legal ou até não possuir nenhuma previsão, nessa situação é imprescindível que ela seja lícita e moralmente legítima para ser reconhecida e aceita. Moacyr Amaral Santos (1970, p. 75) dista que “os meios de prova não são criações abstratas da lei, mas generalizações da experiência”, tal afirmação é extremamente necessária no que diz respeito a transformação das provas atípicas em típicas, uma vez que acaba por ocorrer o fenômeno de assimilação. A assimilação ocorre com o passar do tempo, quando em face de necessidades práticas um meio de prova ou determinada forma de apresentação desta ao processo, antes considerado atípico começa a ser aceito pela comunidade jurídica em geral, sendo por conseguinte positivado, o que acaba por torná-lo um meio típico de prova, ou até mesmo uma prova típica propriamente dita. Segundo entendimento de Cassio Scarpinella Bueno (2019, p.218):

A prova atípica deve ser entendida como a que pode ser legitimamente obtida e produzida no processo e, como tal, ser analisada e valorada pelo magistrado, ainda que ela não se amolde a um dos meios de prova regulados pelo ordenamento jurídico nacional. É o que se dá, por exemplo, com o “depoimento por iniciativa da própria parte” [...]

Sendo assim, é massificada a ideia de que a prova atípica pode ser considerada legítima, mesmo que não esteja incluída no rol das provas tipicamente admitidas pelo ordenamento jurídico.

Ainda nesse sentido, como maneira de evitar que haja uma aplicação abusiva da prova atípica, compreende Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p.645) que não seja possível *“aceitar como prova atípica as provas típicas consideradas nulas ou inadmissíveis por não respeitarem as regras que disciplinam sua formação ou expressamente excluídas por normas de direito material ou processual”*.

3.3 PROVAS ILEGÍTIMAS

É passivo o entendimento de que provas ilegítimas são aquelas derivadas de uma violação nas regras de direito processual (DEZEM, 2008, p.171). É exemplo de uma situação em que ocorre a existência de prova ilegítima aquela em que a prova juntada não foi submetida corretamente ao contraditório ou não respeitou o devido prazo processual. Grinover, Scarance e Magalhães (2006, p. 147) apresentam de maneira mais completa:

a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.

Além do fato de a prova ser considerada ilícita quando em sua produção houver violação de direito material (DEZEM, 2008, p. 121), e de acordo com Aury Lopes Júnior (2009, p. 536) ser “aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a esse (fora do processo)”. A prova ilícita ainda pode ser diferida da prova ilegítima pelo momento de sua ocorrência, pois enquanto naquela é o fato em si que traz ilicitude à prova, e de um modo geral ocorre em um momento não-coincidente ao processo, podendo ser anterior à ele, nesta a infração da regra processual se dá concomitante ao processo (DEZEM, 2008, p. 123).

Grinover; Fernandes; Gomes Filho (2006, p. 149) elucidam a diferenciação entre as duas espécies de prova apresentadas acima: “quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”. Tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas são definidas como ilegais, pelo fato de convergirem no que tange a inadmissibilidade jurídico-processual. Como defende Alexandre de Moraes (2016, p.114):

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (p. 114)

Diante disso, é reiterada a ideia de que provas ilegítimas e ilícitas, apesar de diferirem com relação a ofensa ao direito processual ou material, compõem um mesmo grupo, o das provas ilegais.

4 PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

São as provas ilícitas definidas como as que contrariam as normas do ordenamento jurídico, especialmente as que protegem direitos individuais e da personalidade, também

aquelas cujo processo para obtenção acaba por infringir normas constitucionais. Nessa conjuntura, ocorreu a criação, na Constituição Federal de 1988, da garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, passando a constituir um direito fundamental da parte, com o intuito de garantir a não violação dos direitos acima citados (MENDES, 2014).

Tomando por base o texto do art.5º, LVI, CF, tem-se que a expressão empregada é “provas obtidas por meios ilícitos” em lugar de “provas ilícitas”, promovendo assim interpretação dúbia das duas expressões. Há contradições de entendimento quando é assimilado que as provas ilícitas seriam aquelas com ilicitude em seu conteúdo, enquanto que as obtidas por meios ilícitos seriam as que apresentam tal ilicitude no método de recolhimento. Didier Jr. (2016) considera, no entanto, que em ambas as situações ocorre a abrangência da garantia da inadmissibilidade.

Apesar da nítida vedação a utilização dessa modalidade de prova trazida pela legislação brasileira, encontra-se na doutrina parecer favorável a flexibilização, levando em consideração o uso do princípio da proporcionalidade, em casos extraordinários em que se atinja uma incompatibilidade entre os princípios constitucionais. Gilmar Mendes (2014) assinala que a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita estabelece estreito vínculo com outros direitos e garantias fundamentais, sendo estes o direito à intimidade e à privacidade (art.5º, X, CF), à inviolabilidade do domicílio (art.5º, XI, CF), ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art.5º, XII, CF).

No entanto, a aquisição de provas ao está em desacordo com as garantias previstas constitucionalmente, definem uma inegável afronta ao princípio do devido processo legal. Acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, Mendes (2014, p. 520), dista:

Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado [...], não há por que se negar a sua produção no processo. O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. Na solução dos casos concretos, há que se estar atento, portanto, para a ponderação entre ambas as garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas).

Alexandre de Moraes (2016, p. 87) também se apresenta entusiasta a aplicação da proporcionalidade em casos extravagantes:

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, [...] havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Diante do cenário acima explicitado, onde há a defesa da utilização do princípio da proporcionalidade em determinados casos concretos, Fredie Didier Jr. (2016) defende que este seja operado apenas em casos excepcionais, e não de maneira confusa e desordenada. Dessa maneira, Didier propõe a adoção de certos critérios de aplicabilidade, sendo eles: a imprescindibilidade, a prova ilícita será unicamente aceita se for certificado que não existia outro modo de atestar o seu objeto, ou existindo o outro modo, este seja excessivamente gravoso à parte; a proporcionalidade, sendo aceita quando o objeto tutelado pela prova ilícita, se apresentar em determinado caso concreto, mais digno de proteção que o bem violado pela ilicitude da prova; além desses, a punibilidade, que determina que o juiz tomará as medidas corretas para que a parte que se valeu da utilização da prova ilícita cometendo uma conduta antijurídica, seja adequadamente punida. Como enfatiza ainda Didier Júnior; Braga; Oliveira, (2008, p. 39):

Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no processo penal, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade [...], segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Ao coadunar com a ideia de que os parâmetros norteadores para aplicação do princípio da proporcionalidade são: necessidade, adequação e proporcionalidade aplicados ao caso concreto Moreira (1996, p.13) enfatiza ainda que:

Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se escolheu realmente o menor.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através de julgamento de apelação cível, se manifestou pela concordância da admissibilidade de prova ilícita, levando em consideração a aplicação do princípio da proporcionalidade e tendo em conta a comunicação estabelecida entre o juízo cível e penal. Logo:

PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO, ESCUTA E GRAVAÇÃO, TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENCOBRIMENTO DA PRÓPRIA TORPEZA. COMPRA E VENDA COM DAÇÃO EM PAGAMENTO. VERDADE PROCESSUALIZADA. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 1 - Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade à utilização do princípio da proporcionalidade. 2 - O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A Lei 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada. 3 - A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina à proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate

de um ilícito civil. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria prová-lo, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza, com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros. (Apelação Cível nº 70004590683, TJRS, 2ª Câmara Especial Cível, Relator: NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, Data do Julgamento: 09/12/2002).

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão monocrática de Recurso Especial, posicionou-se da maneira a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. INDEFERIMENTO DE PROVAS ILÍCITAS, IMPERTINENTES, DESNECESSÁRIAS OU PROTRELATÓRIAS.

POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

[...] III - O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que não implica cerceamento de defesa o indeferimento de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

(AgInt no RMS 50.735/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2020, PJe 12/02/2020)

Desse modo, resta claro e cristalino a falta de consenso quanto ao assunto abordado, tanto em questões doutrinárias como na seara jurisprudencial.

4.1 PROGRESSO HISTÓRICO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruit of the poisonous tree doctrine*) teve sua origem no direito norte-americano, firmando entendimento na ideia de que qualquer prova que seja produzida a partir de uma revelação atingida por meios ilícitos, estará igualmente contaminada e dotada de ilicitude. Logo, partindo de tal pressuposto, todas as provas das quais a conquista derivar de prova ilícita anterior, serão admitidas como ilícitas por derivação e deverão ser excluídas do processo. A dissipação dessa convicção sustentada pelos Estados Unidos da América (EUA) acabou por insuflar o legislador brasileiro pela essencialidade da criação de legislação específica que tratasse do tema assim como a necessidade de um direcionamento sobre a situação pelo ordenamento jurídico. Dezem (2008, p.134) faz referência aos frutos da árvore envenenada da seguinte maneira: “as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam consequências”.

Cabral (2009, p. 1), em reflexão acertada sobre o surgimento da teoria supracitada, relata:

A Doutrina dos frutos da árvore envenenada "*fruits of the poisonous tree*" foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte Norte-Americana a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States (1920)*, em que a empresa *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo.

A Suprema Corte, ao analisar o caso *Silverthorne Lumber Co v. United States (1920)* formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a Constituição norte-americana. Dessa forma, o Tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente.

Foi por volta da década de 1920 que surgiu a teoria norte-americana, que é denominada de *fruits of the poisonous tree*, ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada. Essa teoria teve como nascedouro o caso *Silverthorne I & Co v. United States*, mas só veio a ser colocada

em prática, em 1937, pelo Ministro Franckfurter, da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do caso *Nardone v. United States*.

No caso em análise, a Suprema Corte Norte-Americana considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal. Dessa forma, a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca e apreensão.

A linha que divide a análise da contaminação ou não da prova é muito tênue. É imprescindível que seja provado, sem resquícios de dúvidas, que houve ou não determinada vinculação. A respeito disso, Rangel, Braga e Machado (2014, p. 1) declaram:

O que resta saber é quando uma prova está ligada a outra, de modo a se contaminar por sua ilicitude. A prova ilícita não contamina todo o material probatório, pois nada impede que o fato seja provado por meio de provas lícitas. A prova obtida de modo ilícito pode propiciar outra prova que então estará contaminada. Desse modo, para saber se uma prova foi contaminada pela prova ilícita é necessário saber se a prova questionada como derivada teria sido produzida ainda que a prova ilícita não tivesse sido obtida. Faz-se necessário uma conexão mais que natural, é preciso uma conexão jurídica. Assim, o problema passa a ser o da identificação da conexão da antijuridicidade entre as provas. É preciso verificar se há algum elemento capaz de romper juridicamente a relação de causalidade e, sobretudo, analisar se a admissão da segunda prova como ilícita contribui para defesa dos direitos que se objetiva proteger através da proibição da prova ilícita. Ou seja, a teoria em questão somente tem sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais. Conforme as correntes estudadas acerca da prova ilícita, a corrente obstativa, que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, deriva da teoria do fruto da árvore envenenada, pois considera que o ilícito na obtenção da prova contamina não apenas o resultado havido, mas até as provas subsequentes que só puderam ser produzidas graças a obtenção da prova ilícita.

Por fim, assim como a questão da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no julgamento de casos que abrigam em seu teor as provas ilícitas ou ilicitamente adquiridas, a Teoria dos Frutos da Árvore envenenada também não é unanimidade entre os doutrinadores. É aceita a ideia de que o legislador constituinte utilizou um termo que nitidamente indica a vedação não somente da prova ilícita, mas igualmente das provas que sejam obtidas por meios ilícitos, ou seja, uma prova que seja lícita, mas que tenha sido conseguida por meios ilícitos, estará acolhida da mesma forma pela inadmissibilidade processual, havendo por parte do constituinte, uma concordância explícita com a teoria dos frutos da árvore proibida (KNIJNIK, 1996). Além disso, também é admitida a ideia de que o uso do princípio da proporcionalidade em determinados casos, traria uma solução mais justa pois a admissão das provas mesmo que ilicitamente obtidas se daria para a proteção de direitos superiores (BOHRER, 2003).

4.2 ADEQUAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Em um primeiro momento a ideologia doutrinária e jurisprudencial dos mais variados países do mundo divergiram acerca da admissibilidade das provas ilícitas no processo (GRINOVER, 1998).

A priori, houve a permissão para utilização apenas se esse tipo probatório fosse realmente relevante, porém, ainda assim ocorreria a punição do responsável pelo ilícito a que deu origem. A posteriori, foi decretado o banimento desse tipo probatório do processo como um todo, não sendo considerada a expressividade dos fatos apreciados, pois seriam estas provas irremediavelmente inconstitucionais.

No contexto brasileiro a situação não é oposta, existe uma grande divergência acerca da admissibilidade das provas ilícitas no processo. Até o instituto da Constituição Federal de 1988, havia preponderância apenas da admissibilidade das provas ilícitas no direito de família. Outrossim, mesmo em outras searas do direito ainda “há quem se manifeste a favor da admissibilidade processual das provas colhidas com infração a normas de direito material, preconizando apenas a punição do infrator pelo ilícito cometido no momento da obtenção da prova” (GRINOVER, 1998).

Frente a isso, é possível destacar a existência de três correntes que divergem sobre o tema. A primeira delas é chamada Obstativa e julga como inaceitáveis as provas conquistadas por meios ilícitos, sob qualquer que seja a hipótese ou o argumento apresentado. A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, amplamente difundida pela Suprema Corte Brasileira, advém desta corrente. A segunda vertente, dá-se o nome Permissiva, esta acolhe a prova alcançada por meio ilícito, pois defende que a ilicitude está

presente apenas na forma de arrecadação da prova, e não no seu conteúdo como um todo. Desse modo, defende que o produtor da prova ilícita deve ser punido, e, o seu teor utilizado. Já a terceira perspectiva é definida como Intermediária, esta defende que a prova ilícita deve ser reconhecida de acordo com os valores jurídicos e morais da situação, sendo assim empregado o princípio da proporcionalidade (WAMBIER, 2007).

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988 define que provas obtidas por meios ilícitos não serão admitidas no processo. Desta maneira, a validação dos fatos apresentados pelas partes de um processo somente poderá ocorrer por meios admitidos ou impostos pela lei, sendo defesos os meios de prova contrários as disposições legais (RIBEIRO, 1998, p. 65).

Entretanto, é notório que com a proibição do aproveitamento das provas ilícitas foi concebida uma maior valoração ao direito material, conferindo certa desvantagem à busca incessante pela verdade.

Destarte, é observada uma situação de choque entre princípios, em que um deve ceder ao outro dependendo da situação concreta a que ambos estejam inseridos. Assim declara Marioni (2007, p.53) “de modo que não há como se declarar a invalidade do princípio de menor peso, uma vez, que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do mesmo princípio que o precedeu, diante de outra situação concreta”.

É condição existencial de uma sociedade pluralista, entretanto, a convivência pacífica dos princípios, sem hierarquização, uns não podem se sobrepor aos outros. Visto isso mostra-se necessária a implementação de determinada metodologia que possibilite essa aplicação a um caso factual.

Assim sendo, para possibilitar a utilização de variados princípios, faz-se referência à ponderação dos princípios ou a aplicação da proporcionalidade à situação definida. Portanto, aduz Marioni (2007, p.52): “fazer prevalecer um princípio diante de outro sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato, ou sem que o princípio não preferido em determinada situação tenha que ser negado como capaz de aplicação em outro caso concreto”.

Igualmente, quando há o conflito de normas jusfundamentais, como definem Didier; Braga e Oliveira (2008, p. 38), como é o caso do direito às provas oposto à vedação das provas ilícitas, a solvência da situação deve ocorrer casuisticamente, com uma análise sobre a ponderação dos interesses do ocorrido frente ao princípio da proporcionalidade. Desse

modo, é errôneo sempre admitir a prova ilícita no processo, bem como nunca admiti-la, por desconsiderar a relação dos direitos fundamentais em questão. A análise ponderada, caso a caso, é a direção correta a ser seguida, sem considerações absolutas ou preexistentes aferidas de situações anteriores.

5 CONCLUSÃO

Mesmo com a inexistência de qualquer tipo de legislação formal ou escrita, o Direito já se perpetuava. Era por meio da tradição oral, através dos sacerdotes, que a busca incessante pela justiça se concretizava. A aplicação reiterada de certas decisões conferiu uma valoração a estas, sendo assim instauradas como costumes, e, por conseguinte, transformadas em leis.

Nesse período o instituto das provas já estava presente. De maneira precária para os dias atuais, porém extremamente adequado à época, a questão probatória estava estreitamente ligada à religiosidade. Com baixos índices de absolvição do acusado, pelo simples fato de a validação de sua inocência depender de uma invocação divina, a justiça não seria efetivamente alcançada.

Entretanto, com a chegada da Revolução Francesa tudo mudou. Iniciou-se a adoção dos atuais princípios processuais, sendo por exemplo o do livre convencimento do juiz. Dessa forma, a tarifa legal foi desaparecendo do modo de proceder adotado no processo penal e posteriormente civil.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe um denso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre estes o direito à prova. Contudo, a polêmica se deu pelo fato de mesmo com a previsão de garantia às provas e à ampla defesa, a Constituição vedar a utilização das provas ilícitas. Todavia, não há que se falar em hierarquia com relação aos princípios constitucionais, dessa forma, também não existe regra constitucional absoluta, uma vez que deva esta interagir pacificamente com as demais regras e princípios constitucionais.

À vista disso, é necessário, no processo civil, o duelo dos bens constitucionalmente garantidos, com o intuito de examinar a conveniência da aplicabilidade da prova ilícita, uma vez que pode ser esta a maneira uma de comprovação da veracidade dos fatos alegados. Para tanto, é indispensável o emprego da ponderação de interesses, alicerçado intimamente pelo princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. Prova ilícita: Da sua relevância no processo civil. **Revista Jurídica**, Lisboa, (7), p. 7-37, jul./set., 1986.

AVOLIO, Luís Francisco Torquato. **Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BONILHA, L.; VANNUCCI, R.. A admissibilidade da prova ilícita no processo civil: aplicação do art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal e possíveis exceções à regra. **Jornada de Iniciação Científica e Mostra de Iniciação Tecnológica – ISSN 2526-4699**, Brasil, fev. 2021. Disponível em:
<http://eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/xvijornada/paper/view/2201>. Acesso em: 20.out.2021.

BRAGA, Felipe Babiski; MACHADO, Patrícia Portela; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Legitimidade das gravações midiáticas no processo civil: uma reflexão à luz da teoria da árvore dos frutos envenenados. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28091/legitimidade-das-gravacoes-midiaticas-no-processo-civil> . Acesso em: 29.set.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 29.set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 50735. 2020. **Diário da Justiça**. Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70004590683. 2002. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, RS.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 218.

CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2118, abr. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas-ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro/>. Acesso em: 29.set. 2021.

CAMPOS, SRR. **(In)admissibilidade de provas ilícitas Dissemelhança na produção de prova no Direito Processual?** Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 70. 2015.

CARREIRA, TR. **As Provas Ilícitas no Processo Civil.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 123. 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal:** Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). Campinas: Ed. Millennium Editora, 2008. p. 121 – 171.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.* 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 47 – 59.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil:** direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 38 - 39. v.2.

FERNÁNDEZ, LM. **A prova ilícita no processo civil: a (in)admissibilidade da prova ilícita no âmbito do Processo Civil.** Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 125. 2019.

FERREIRA, Gilson Campos. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. **Revista de Direito UNIFENAS**, Belo Horizonte, 30 de novembro de 2017. Disponível em: <https://revistas.unifenas.br/index.php/BIC/article/view/201>. Acesso em: 29.set. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro:** atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 222 - 234. v.2.

GREGORY, FM. **A prova ilícita no processo civil – eventual (in)admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro (teoria dos frutos da árvore envenenada).** Trabalho de Conclusão de Especialização (Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 34. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 149.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES, Gomes Filho Antonio; SCARANCE, Fernandes Antonio. *As nulidades no processo penal - 10. ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 147.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 49-50.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo de Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 285 – 286.

KNIJNIK, Danilo. A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16.12.1993, **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol. 23, nº 66, mar. 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 536.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13 – 20.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 260. v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52 - 53. v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 520.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 87 – 114.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1996. p. 13.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 645.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 17.

PAIM, Gustavo Bohrer. **A Garantia da Licidade das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**, in *As Garantias do Cidadão no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria Geral do Processo*, **Direito Probatório**. 2. ed. São Paulo: De Direito. 2001.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**, 2ª Ed., Novo Hamburgo - RS, Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo - ASPEUR Universidade Feevale, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 65.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 340 - 341 v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p.75. v.1.

SOUZA, Fernando Baldez de. A admissibilidade das provas ilícitas nos processos de direito de família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Porto Alegre, maio, 2019. Disponível em: <https://normas-abnt.espm.br/index.php?title=Artigo#:~:text=Modelo%20de%20Refer%C3%Aancia,%2C%20m%C3%AAs%2C%20ano%20de%20publica%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29. set.2021.

SZANIAWSKI, Elimar. Breves reflexões sobre o direito à prova e à prova ilícita no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, 15

de agosto de 2014. vol. 59, n. 2, p. 175-197. Disponível em:
<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37122/22973>. Acesso em: 29.set. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 14 – 15. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 464 - 471. v.1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 462 – 485, v.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. rev. ampliada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 418. v.1.

A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PENSÃO ALIMENTÍCIA E MANUTENÇÃO FAMILIAR EM UM ASPECTO GLOBAL

ANA LAURA RODRIGUES ALBINO:
Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil- Fernandópolis

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO.

(orientador)

1 INTRODUÇÃO

A globalização tem impactos na vida familiar. Em seu aspecto econômico, o fenômeno promove a livre circulação de bens, serviços e capitais, facilitando o comércio internacional; no lado social, aumenta a mobilidade e o movimento transfronteiriço de pessoas. A migração é um fenômeno que contribui para o próprio desenvolvimento da sociedade humana. Segundo Böhning, “antropologicamente falando, a migração é um impulso humano irreprimível ao seu potencial”,⁹⁰ gerando riqueza tanto para os países de destino dos migrantes e seus países de origem, como em remessas de capital para as famílias dos migrantes.

Assim, a migração caracteriza-se como fator de desenvolvimento econômico e social, uma vez que os Estados abrem suas fronteiras aos migrantes economicamente ativos quando “a terra, a energia ou o capital não são aproveitados em seu potencial”,⁹¹ gerando riqueza tanto para os países de destino dos migrantes quanto para seus países de origem, como nas remessas de capital para as famílias dos migrantes. A migração, voluntária ou forçada, aumenta o surgimento de famílias transnacionais, aquelas ligadas a dois ou mais países simultaneamente por diversos elementos de conexão, como nacionalidade, domicílio ou residência habitual.

Assim, a globalização promove uma “internacionalização” da vida social, que se torna cada vez mais cosmopolita e extraterritorial. Beck diz que “todos nós temos uma vida global”,⁹² porque “a relação entre espaço físico e comunidade se desfaz” e “alternância e escolha de espaços são padrinhos da globalização”.⁹³ Casamentos transnacionais e relações de coabitação entre diferentes países e culturas. Portanto, a sociedade internacional enfrenta uma pluralidade de estruturas familiares que não são mais

90 BÖHNING, W. R. **Studies in International Labour Migration**, London and Basingtoke, Macmillan Press, 1984, p. 12.

91 *Ibid*, p. 31.

92 BECK, U. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo. São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 136.

93 *Ibid*, p. 137.

tipicamente baseadas em relações matrimoniais tradicionais. Em alguns casos, a vida privada não se limita à proteção das fronteiras nacionais.

Em casos de crise familiar, os problemas tornam-se ainda mais complexos com a “transnacionalização” de direitos e obrigações, que dependem da vontade política dos Estados de promover a cooperação internacional para o reconhecimento dos efeitos extraterritoriais dos direitos familiares adquiridos no exterior. Como apontam Araújo e Vargas, “a mobilidade familiar é uma realidade e as mudanças de residência são cada vez mais comuns nos casos de dissolução de casamentos”⁹⁴. As leis da maioria dos países reconhecem a responsabilidade dos pais de apoiar e cuidar de seus filhos menores de idade. No entanto, as obrigações alimentares de outros parentes, como a responsabilidade dos avós em relação aos netos e as obrigações entre cônjuges, não são amplamente aceitas, embora o conceito de família tenha se tornado amplo e plural.

Desde meados do século XX, os estados ratificaram tratados internacionais para facilitar o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras relacionadas à recuperação de pensão alimentícia e alimentos familiares. Vários instrumentos foram adotados, sendo os mais recentes a Convenção de Haia de 23 de novembro de 2007 sobre a Recuperação Internacional de Alimentos para Filhos e Outras Formas de Alimentos à Família (Convenção de Haia de 2007 sobre Alimentos) e o Protocolo de Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos (Protocolo de Haia de 2007 sobre a Lei Aplicável), que estabelece regras de direito internacional privado e cooperação jurídica internacional para facilitar a cobrança de alimentos transfronteiriços. As relações das famílias são muito dinâmicas e diversificadas, o que desafia a comunidade internacional a encontrar um caminho para harmonizar as regras de direito internacional privado substantivo e processual em matéria de direito de família.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO À PENSÃO ALIMENTÍCIA

O direito à pensão alimentícia baseia-se na dignidade da pessoa humana e constitui um direito fundamental no direito internacional. De acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989 (UNCRC), o princípio do melhor interesse da criança deve ser respeitado. Este princípio é considerado como uma consideração primária que deve ser realizada por todas as instituições dos estados, mesmo que a convenção não defina claramente o que é “melhor interesse”.

94 ARAUJO, N.; VARGAS, D. T. **The cross-border recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law**. In: Jose Antonio Moreno Rodrigues; Claudia Lima Marques. (Org.). *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado*. Jornadas de la ASADIP 2014. 1 Ed. Porto Alegre / Asuncion: Gráfica e Editora RJR, 2014, v. 1, pp. 485-506, p. 490.

No que diz respeito à obrigação de pensão alimentícia, insta aos Estados Partes a tomarem todas as medidas apropriadas para garantir a prestação de alimentos para a criança pelos pais ou de outras pessoas que tenham responsabilidade financeira pela criança, tanto dentro do Estado Parte como no exterior. Nesse sentido, a obrigação de pagar pensão alimentícia vem, em primeiro lugar, da filiação e, em seguida, de pessoas legal e financeiramente responsáveis por sustentar uma criança.

Antes disso, em nível regional, o Código Bustamante, adotado em 1928, é o primeiro tratado internacional a codificar o direito internacional privado (DIP). Com o objetivo de harmonizar o direito internacional privado, estabelece regras relacionadas à obrigação alimentar com três abordagens. Em primeiro lugar, em relação à filiação, considera que a norma que confere o direito aos alimentos é uma ordem pública internacional.

Em segundo lugar, o conceito de alimentos está sujeito ao direito do credor pessoal em relação aos familiares. Além disso, as disposições referentes às obrigações alimentares entre parentes também são ordem pública internacional e proíbem a renúncia e a renúncia ao direito de alimentos. Em terceiro lugar, no caso de adoção internacional, aplica-se as mesmas regras em matéria de alimentos.

Posteriormente, a Convenção Interamericana sobre Obrigações de Apoio, adotada em 15 de outubro de 1989, estabelece a lei aplicável às obrigações de apoio e à jurisdição e cooperação processual internacional quando o credor e o devedor de apoio residem habitualmente em países diferentes, independentemente da situação migratória.

Em nível global, dentro do sistema das Nações Unidas, a Convenção sobre a Recuperação de Alimentos no Exterior, adotada em 20 de junho de 1956 em Nova York, foi um grande passo para garantir os direitos das obrigações alimentares e facilitar o direito civil processual internacional. No entanto, após 66 anos, apenas 64 estados aderiram à convenção, em comparação com 196 partes da UNCRC. Apesar de suas limitações, a Convenção de Nova York de 1956 foi uma convenção bem-sucedida para recuperação de alimentos no exterior.

No entanto, a concepção de pensão alimentícia é bastante variada entre os países. Com base na ideia de solidariedade, pessoas em dificuldades econômicas podem requerer alimentos de parentes, cônjuges ou companheiros, desde que tenham a capacidade financeira necessária.

Apesar disso, os instrumentos internacionais e as leis nacionais estão focados na pensão alimentícia e, em certa medida, no cuidado de pessoas com deficiência, e não nas relações conjugais ou de afinidade. O principal ponto de convergência entre os países

envolve as obrigações dos pais ou outros responsáveis financeiros pelo pagamento do sustento da criança,⁹⁵ residindo no país onde a criança vive ou no exterior.

No entanto, é importante destacar que a dimensão cultural do direito desempenha um papel fundamental em situações transfronteiriças, e os alimentos podem ser interpretados de diferentes maneiras.⁹⁶ Podem surgir divergências legislativas entre os países quanto ao responsável pelo pagamento dos alimentos. Por exemplo, a Colômbia fez uma notificação sob a Convenção de Nova York de 1956 para afirmar que “a alimentação incluirá a obrigação de pagar as despesas de gravidez e parto da mãe”.⁹⁷ Outro exemplo refere-se à obrigação do padrasto ou madrasta de pagar pensão alimentícia quando o pai não paga, conforme prevê a lei da província de Manitoba, no Canadá.

No caso de conflitos transfronteiriços, a decisão poderia basear-se no reconhecimento do parentesco por afinidade socioafetiva? Com base em uma abordagem de direitos humanos, algumas relações familiares devem ser reconhecidas para promover a justiça. A família moderna é plural e diversa, e a autonomia partidária deve ser considerada quando a responsabilidade parental respeita o interesse superior da criança.

2.1 DE 1956 A 2007 CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE PENSÃO ALIMENTÍCIA: EVOLUÇÃO CONTÍNUA

A Convenção de Haia de 2007 sobre alimentos e o Protocolo de Haia de 2007 sobre a lei aplicável buscam estabelecer um sistema internacional moderno, eficiente e acessível para a cobrança transfronteiriça de alimentos para crianças e outras formas de alimentos familiares.⁹⁸ A convenção visa facilitar a circulação de decisões ou acordos relativos ao pagamento de pensão alimentícia ou alimentos familiares.

A obrigação internacional prevista no artigo 2º baseia-se na garantia do direito à pensão de alimentos para a criança, independentemente do estado civil dos progenitores. Além disso, a convenção substitui os tratados anteriormente concluídos no âmbito da

⁹⁵ Conforme previsto no artigo 27, parágrafo 1, da UNCRC.

⁹⁶ JAYME, E. “Cultural dimension of Maintenance Law from a Private International Law Perspective”, in Beaumont, B Hess, LWalker and S Spancken (eds) *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (Oxford, Hart Publishing, 2014), pp 3-14.

⁹⁷ UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **Maintenance Obligations**. Convention on the Recovery Abroad of Maintenance. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XX1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 17 março 2022.

⁹⁸ Consulta o portal do HCCH, Maintenance Obligation Protocol, disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-support-and-family-maintenance/> accessed on 17 July 2017.

Conferência de Haia (de 1956, 1958 e 1973) e do sistema das Nações Unidas de 1956, a Convenção sobre a Recuperação de Alimentos no Exterior.

A Convenção de Haia de 2007 sobre alimentos reconhece como equivalentes as decisões ou acordos feitos pelas autoridades administrativas e judiciais no que diz respeito à prestação de alimentos. parcialmente reconhecida por suas provisões de pensão alimentícia. O Brasil assinou e depositou os instrumentos de ratificação em 17 de julho de 2017 da Convenção de Haia de 2007 sobre Alimentos, após aprovação do Congresso através do Decreto Legislativo nº. 146, de 9 de dezembro de 2016. O Brasil fez ressalvas sobre o artigo 20, inciso 1, e o artigo 30 (8) relacionados ao acordo por escrito das partes com a jurisdição e declarações sobre o artigo 2 (3) para estender a aplicação a outros membros da família

3 OBRIGATORIEDADE DA PENSÃO ALIMENTÍCIA: CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA

A definição de pensão alimentícia é bastante variada entre os países. Com base na ideia de solidariedade, as pessoas em situação de carência econômica podem requerer alimentos a familiares, cônjuges ou companheiros, desde que tenham capacidade financeira. No entanto, cada país estabelece seus próprios padrões, sistemas e estruturas para pensão alimentícia.

A Convenção de Haia de 2007 também não define a pensão alimentícia no Artigo 3. No Relatório Explicativo, Borrás e Degeling afirmam que "foi considerada a possibilidade de incluir uma definição de 'pensão alimentícia', mas, no final, rejeitada".⁹⁹ O conceito de pensão alimentícia está aberto para que cada estado estabeleça seu próprio conceito a seu critério, permitindo assim coexistência de diferentes sistemas jurídicos. A pensão alimentícia não deve se restringir ao pagamento periódico, conforme explicado abaixo:

Com efeito, foi aceite que qualquer injunção pecuniária ou patrimonial pode constituir uma ordem de alimentos se a sua finalidade for permitir ao credor prover a si próprio e se as necessidades e os recursos do credor e do devedor forem tidos em conta para determinar qual a ordem adequada.¹⁰⁰

O principal ponto de convergência em matéria de alimentos é definido no artigo 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança - CDC, que prescreve o direito de toda criança

⁹⁹ BORRÁS, A.; DEGELING, J. **Explanatory report on the convention of 23 november 2007, on the international recovery of child support and other forms of family maintenance.** Edited by the Permanent Bureau of the Conference, 2009, p. 73.

¹⁰⁰ Ibid, p. 73.

a um padrão de vida adequado ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social da criança, particularmente no que diz respeito à alimentação, vestuário e habitação.

Artigo 27:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de todas as crianças a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.
2. Cabe aos pais ou a outras pessoas responsáveis pela criança a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com as possibilidades e os recursos financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.
3. De acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, os Estados Partes devem adotar as medidas apropriadas para ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito; e caso necessário, devem proporcionar assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.
4. Os Estados Partes devem adotar todas as medidas adequadas para garantir que os pais ou outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança respondam por seu sustento, sejam eles residentes no Estado Parte ou no exterior. Em especial, quando a pessoa financeiramente responsável pela criança mora em outro país que não o país de residência da criança, o Estado Parte em questão deve promover a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como outras medidas apropriadas (CDC, 1999).

Além disso, os pais ou outros responsáveis pela criança têm a responsabilidade primordial de assegurar, dentro de suas capacidades e capacidades financeiras, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

Embora a UNCRC vise proteger as crianças até aos 18 anos, a Convenção de Haia de 2007 sobre os alimentos adotou uma abordagem positiva ao alargar os limites de idade para o reconhecimento das obrigações alimentares decorrentes de uma relação familiar para pessoas até aos 21 anos. Os estados têm que alterar suas regras para a maioridade legal, mas apenas para aceitar a obrigação de reconhecer e executar uma decisão estrangeira para cobrança de alimentos de crianças e adolescentes até 21 anos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à pensão alimentícia ou à pensão alimentícia é baseado em obrigações recíprocas entre pais e filhos, podendo a obrigação ser estendida a ascendentes e descendentes. Em determinadas situações, as obrigações alimentares podem atingir parentes colaterais, de acordo com o Código Civil Brasileiro. No entanto, há uma limitação de responsabilidade ao segundo grau da linha colateral, que inclui irmãos.¹⁰¹

Hoje, as obrigações alimentares são decididas por um juiz com base em quatro critérios, em vez de dois: necessidade (do requerente), possibilidade (de pagamento por parte do requerido e legalmente responsável pela obrigação), proporcionalidade¹⁰² e razoabilidade¹⁰³, ou seja, se for proporcional e razoável ao que se oferece a título de alimentos.

Outra abordagem positiva da Convenção de Haia sobre Alimentos de 2007 é a previsão de sua aplicabilidade independentemente do estado civil dos pais, deixando de lado qualquer tipo de discriminação que possa surgir no reconhecimento da sentença e construindo um caminho para o melhor interesse da criança.

3.1 LIMITE DE IDADE

Apesar de uma ampla maioria de Estados ter sido a favor da obrigação alimentar até a idade de 21 anos, considerando as dificuldades de alguns países em aceitar essa obrigação do tratado, de acordo com o parágrafo 2 do artigo 2, os Estados podem se reservar o direito de limitar a aplicação da Convenção aos menores de 18 anos, com efeitos recíprocos. Isso significa que o país que faz uma reserva descrita como *ratione personae*¹⁰⁴ só pode reivindicar a aplicação da Convenção a menores de 18 anos. Por exemplo, Montenegro reservou “o direito de limitar a aplicação até 18 anos, com efeitos recíprocos”.¹⁰⁵

101 Como foi feito na Declaração sobre o artigo 2.3: O Brasil estende a aplicação de toda a Convenção, com ressalvas, às obrigações de prestação de alimentos decorrentes de parentesco colateral, parentesco direto, casamento ou afinidade, incluindo, em particular, obrigações em relação às pessoas vulneráveis.

102 DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 4a Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

103 PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. vol. V – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

104 BORRÁS, A. **The Necessity Flexibility in Application of the New Instruments on Maintenanc**. in BOELEWOEKI, Katharina et al, *Convergence and Divergence in International Private Law, Liber Amicorum*, pp.173- 192, Kurt Sieht, Schulthess, Eleven, 2010, p. 186.

105 HCCH, Declaração/Reserva/Notificação “O Montenegro reserva-se o direito de limitar a aplicação do artigo 2.º, n.º 2, alínea l a), da Convenção às pessoas que não tenham atingido a idade de 18 anos. Montenegro não terá o direito de reivindicar a aplicação da Convenção a pessoas da idade excluída por esta reserva.” Disponível em: [https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/](https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1329&disp=resdn)

[notifications/?csid=1329&disp=resdn](https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1329&disp=resdn). Acessado em 14 de março de 2022.

Enquanto, por um lado, os estados podem limitar a idade para a cobrança de alimentos, por outro, os estados podem declarar a extensão do pedido de alimentos para além dos 21 anos. Por exemplo, a Albânia declarou “o direito de fazer cumprir obrigações alimentares mesmo para filhos adultos até a idade de vinte e cinco anos”. Além disso, a Noruega declarou que “vai fazer cumprir as decisões de alimentos em favor de crianças com mais de 21 anos, mas não além de 25 anos”.¹⁰⁶

Da mesma forma, a Turquia declarou que “as obrigações de alimentos devem ser estendidas aos filhos que não atingiram a idade de 25 anos, desde que a educação dos filhos continue”.¹⁰⁷

A Ucrânia reservou “o direito de aplicar a Convenção às obrigações alimentares decorrentes de uma relação pais-filhos em relação a uma pessoa menor de 18 anos”; no entanto, a Ucrânia também declarou que “vai estender o pedido dos pais em favor de uma filha adulta, filho, que continue os estudos até atingir a idade de 23 anos”.¹⁰⁸

De acordo com o Código Civil brasileiro, a duração da pensão alimentícia é de 18 anos, a maioridade.¹⁰⁹ No entanto, esse direito se estende até a graduação.¹¹⁰ De acordo com o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, a obrigação alimentar não cessa automaticamente, e o pagamento é baseado em relações de parentesco¹¹¹. A natureza

106 HCCH, Declaração/Reserva/Notificação “A República da Albânia declara, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 3, da Convenção, o direito de fazer cumprir obrigações alimentares, mesmo para filhos adultos até à idade de vinte e cinco anos, desde que frequentem o ensino médio ou universidade, de acordo com o artigo 197 do Código da Família” <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1121&disp=resdn>. Acesso em 14 de março de 2022.

107 24 HCCH, Declaração/Reserva/ “A República da Turquia declara que, em conformidade com a alínea “a” do primeiro parágrafo, as obrigações alimentares são alargadas aos filhos que não tenham completado 25 anos, desde que a educação dos as crianças continuam” <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1355&disp=resdn>. Acessado em 14 de março 2022.

108 HCCH, Declaração/Reserva/Notificação “De acordo com o Artigo 63 da Convenção, a Ucrânia declara que estenderá a aplicação dos Capítulos V e VIII da Convenção à cobrança de alimentos: De pais em favor de uma filha adulta, filho, que continuar os estudos até completar 23 anos” <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1068&disp=resdn>. Acessado em 14 de março de 2022.

109 De acordo com o artigo 5º do Código Civil Brasileiro.

110 Superior Tribunal de Justiça, Processo Civil - Civil - Ação de Alimentos, Recurso Especial no. 1218510-SP (2010/0184661-7) Terceira Turma Relatora Ministra Nancy Andriahi, Recorrente CEM, Data do Julgamento: 27 de setembro de 2011.

111 LOPES, I. **Maintenance Obligations in the Brazilian Legal System**. in BEAUMONT, B; HESS; WALKER, L; SPANCKEN, S. (eds) *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 207.

jurídica do pagamento de alimentos é diferente em relação à idade. Quando a pessoa é menor, a obrigação de sustento baseia-se na responsabilidade parental; mas quando a pessoa é maior de idade, a obrigação é baseada na assistência, decorrente de parentesco e necessidade real.

3.2 SOLIDARIEDADE E MANUTENÇÃO DA FAMÍLIA

A Convenção de Haia de 2007 sobre alimentos não define o termo “relação familiar”; nesse sentido, cada estado deve determinar o conceito por si mesmo. A convenção também inova ao permitir a extensão de sua finalidade ao cumprimento da obrigação de recuperação de alimentos de adultos vulneráveis. A Ucrânia aceitou pedidos de avós a netos menores, de padrastos a enteados e em outras situações.

A Turquia estendeu a pensão alimentícia obrigações para cônjuges, filhos com deficiência física ou mental sem limite de idade e pais necessitados. Outros estados não estenderam o escopo da convenção além das relações entre pais e filhos e entre cônjuges. Entretanto, a União Europeia declarou que pode alargar a obrigação de alimentos prevista no item 3 do artigo 2.º da Convenção a todos os pedidos de alimentos decorrentes de relações familiares, de parentesco, casamento ou afinidade.¹¹² É importante sublinhar que estas declarações aplicar-se-á apenas bilateralmente.

Além disso, o Brasil estende a aplicação de toda a Convenção, com ressalvas, às obrigações de alimentos decorrentes de parentesco colateral, parentesco direto, casamento ou afinidade, incluindo, em especial, obrigações relativas a pessoas vulneráveis. No entanto, há limitação de responsabilidade sobre o segundo grau da linha colateral, que inclui irmãos. De acordo com a jurisprudência, os avós são responsáveis, não só pelo pagamento sucessivo da pensão alimentícia, mas também pela complementação do pagamento quando houver manifesta insuficiência por parte do pai ou da mãe.

¹¹² HCCH, Declaração/Reserva/Notificação “A União Europeia faz a seguinte declaração unilateral: A União Europeia deseja sublinhar a grande importância que atribui à Convenção de Haia de 2007 sobre a Recuperação Internacional de Pensão Alimentícia e Outras Formas de Alimentos Familiares. A União reconhece que o alargamento da aplicação da Convenção a todas as obrigações alimentares decorrentes de relações familiares, filiação, casamento ou afinidade poderá aumentar consideravelmente a sua eficácia, permitindo a todos os credores de alimentos beneficiar do sistema de cooperação administrativa estabelecido pela Convenção. É com este espírito que a União Europeia pretende alargar a aplicação dos Capítulos II e III da Convenção ao apoio conjugal quando a Convenção entrar em vigor no que respeita à União. Além disso, a União Europeia compromete-se, no prazo de sete anos, à luz da experiência adquirida e das eventuais declarações de prorrogação de outros Estados Contratantes, a examinar a possibilidade de alargar a aplicação da Convenção no seu conjunto a todas as obrigações alimentares decorrentes de uma família relacionamento, filiação, casamento ou afinidade” HCCH, Declaração/Reserva/Notificação <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1377&disp=resdn> acessado em 2 de março de 2022.

Além disso, foi adotada uma nova abordagem para estabelecer as obrigações alimentares decorrentes, pelo menos, das relações socioafetivas numa base casuística. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu que não é possível cancelar a obrigação alimentar no caso em que a pessoa tenha reconhecido espontaneamente a paternidade e registrado uma filha, ainda que anos depois tenha sido constatada a ausência de vínculo biológico entre as partes. comprovado, mas havia indícios de relações sociais desde o nascimento da criança e há mais de dez anos.¹¹³

4. APOIO À CRIANÇA TRANSFRONTEIRIÇA E FAMÍLIA: PENSÃO ALIMENTÍCIA SOB O OLHAR DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta algumas inovações em relação ao anterior de 1973, uma vez que o artigo 22.º prevê regras especiais sobre competência concorrente em alimentos transfronteiriços. Portanto, tanto a justiça brasileira quanto a estrangeira são competentes para conhecer de ação de alimentos quando o credor for domiciliado ou residente no Brasil; ou quando o réu mantiver vínculos como posse ou propriedade de bens, auferir renda ou obter benefícios econômicos no Brasil.

A norma de litispendência é “importante para garantir a segurança jurídica”.¹¹⁴ De acordo com o artigo 24 do Código de Processo Civil (CPC), a menos que haja disposição nos tratados internacionais que o Brasil tenha adotado, os tribunais brasileiros têm jurisdição sobre uma mesma que haja um caso no exterior envolvendo a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes simultaneamente. Não obstante, um processo pendente perante a jurisdição brasileira não impede o reconhecimento de sentença estrangeira. Portanto, deve haver um diálogo entre o artigo 24.º do CPC e o artigo 22.º, alínea c), da Convenção de Haia de 2007, a fim de evitar situações de conflito “onde existam duas decisões conflitantes decorrentes de dois Estados diferentes”.¹¹⁵

4.1 MECANISMOS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS E ACESSO À JUSTIÇA

113 Superior Tribunal de Justiça “Turma afirmativo que reconhecimento espontâneo e vínculo socioafetivo impede negativa posterior de paternidade”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Turma-reafirma-que-reconhecimentoespont%C3%A2neo-e-v%C3%ADnculo-socioafetivo-impedem-negativa-posterior-de-paternidade. Acessado em 22 de março de 2022.

114 WALKER, L. **Maintenance and Child Support in Private International Law**, Oxford and Portland: Hart, 2015, p. 60.

115 WALKER *supra* 33, p. 161.

Os Mecanismos Alternativos de Resolução de Litígios (ADR)¹¹⁶ foram definidos como meios alternativos aos sistemas judiciais estaduais. A ADR compreende métodos de barganha, como negociação (sem terceiros envolvidos), conciliação e mediação (ambas são assistidas por terceiros) e adjudicação, que inclui arbitragem. A base de todos os processos de ADR é o acordo das partes dando seu consentimento para submeter uma disputa a um terceiro neutro.¹¹⁷ Como os mecanismos de ADR podem facilitar a recuperação transfronteiriça de pensão alimentícia ou alimentos familiares?

Os métodos extrajudiciais baseiam-se na autonomia das partes, e a pessoa tem a capacidade de decidir sobre sua vida privada e buscar a melhor forma de solucionar os conflitos. Enquanto o conciliador pode orientar as partes para a solução do conflito, o mediador não pode deixar de fazê-lo. O mediador pode ser proativo, mas não pode orientar, sugerir ou decidir nada. O conciliador pode mostrar as vantagens de se chegar a um acordo. Um juiz não pode ser mediador em caso em que foi designado para dirimir o litígio.

No entanto, um juiz pode ser um conciliador para que as partes cheguem a um acordo. Tanto o acesso à justiça quanto o direito à pensão alimentícia são direitos humanos na maioria das jurisdições. ADR significa garantir melhores condições de vida e facilitar o acesso à justiça para pessoas que estão em diferentes países, com base na cooperação jurídica internacional. A mediação contribui para uma solução mais rápida e justa, pois as partes são orientadas a chegar a um acordo ou a uma autocomposição em questões familiares, incluindo pensão alimentícia e alimentos.

4.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO EM AÇÕES FAMILIARES COMO FORMA DE EFETIVAR O DIREITO AOS ALIMENTOS

A autonomia das partes em matéria de família foi aceite em vários países, e “este princípio não se restringe à escolha da lei nos contratos”. Tem uma tradição bem estabelecida em relação aos regimes matrimoniais, em relação a fundos financeiros, em relação à sucessão dentro de certos limites, talvez em relação ao direito de família, e em relação a delitos.”¹¹⁸

Preocupações com o interesse dos indivíduos em oposição às dos Estados é a principal preocupação e justificação do direito internacional privado.³⁶ No entanto, quando os assuntos de família envolvem partes fracas, como uma criança ou outras

¹¹⁶ Sigla em inglês vindo de: *Alternative Dispute Resolution*.

¹¹⁷ HÖRNLE, J. **Cross-Border Internet Dispute Resolution**. Cambridge University Press, 2009, p. 49.

¹¹⁸ VISCHER, F. **General course on private international law**. Vol. 232, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1992, p. 31.

pessoas vulneráveis, a preocupação social “levou a um maior envolvimento do Estado nas relações privadas”.¹¹⁹ Araújo afirma que:

Por trás da ampliação da autonomia da vontade na família está o entendimento cada vez mais consolidado de que o sistema judiciário, apesar de cumprir seu papel, não é o lugar para decidir o que é melhor para a família. A judicialização das brigas familiares, com a pressão psicológica e a morosidade que lhes são peculiares, não atende ao princípio do melhor interesse da criança. Portanto, é necessário estimular a família a seguir seu próprio caminho para a solução de suas disputas.¹²⁰

Embora a autonomia partidária no campo do direito de família “seja geralmente encarada pela maioria dos ordenamentos jurídicos com extremo cuidado e cautela”,¹²¹ uma recente mudança de paradigma tem se destacado nessa área, mesmo envolvendo crianças. Importa realçar que os acordos celebrados pelas partes estão mais próximos do que “acontece” no seio da relação familiar, desde que exista “uma resposta adequada e ótima para a resolução de litígios familiares transfronteiriços envolvendo crianças, com a devida segurança jurídica” para Rubaja.¹²²

Araújo e Vargas dizem que “diferentemente das questões comerciais, em que os limites são estritamente estabelecidos no acordo, nem sempre é possível prever se um acordo particular envolvendo uma disputa familiar terá impacto fora do país onde foi entrou em vigor”.¹²³ Portanto, a mediação no direito de família em relação aos casos de divórcio sem filhos é uma boa alternativa para a resolução pacífica de conflitos, desde que as partes estejam em posição isonômica para decidir. Caso contrário, questões que envolvam condições desiguais, violência doméstica e outras formas de abuso contra qualquer membro da família ou violência contra deficientes não podem ser resolvidas pelos métodos ADR, uma vez que não podem ser considerados como solução amigável.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 31.

¹²⁰ ARAÚJO, Nadia de et al. Novos temas na agenda da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: Grupo de Especialistas discute o reconhecimento e execução de acordos privados em disputas familiares internacionais. In: **New topic in the agenda of the Hague Conference on Private International Law: Groups of Specialists discuss recognition and enforcement of private agreements in cross-border family disputes** ASADIP. 2014.

¹²¹ ARAÚJO, VARGAS, *supra* n. 5, 490.

¹²² RUBAJA, N. El reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos como vía para asegurar los derechos de los niños en situaciones familiares Internacionales. In **Revista de Derecho de Familia**. Abeledo Perrot, Septiembre 2016, N° 76, Buenos Aires, Thomson Reuters, p. 207 – 222, p. 222.

¹²³ ARAÚJO; VARGAS, *supra* n 5, 490.

É importante salientar que ambos os pais são responsáveis pelo melhor interesse da criança, com o dever de proteger e garantir direitos básicos como abrigo, alimentos, vestuário, educação e cuidados de saúde. Quando os pais moram juntos, eles têm responsabilidade conjunta pelo filho e, após o divórcio, permanecem responsáveis, “mesmo que um dos pais tenha a guarda ou residência principal sobre o filho e o outro tenha direito de visitação”.¹²⁴

Além disso, um acordo entre os pais obtido por meio de mediação poderia obrigar e capacitar os pais a abordar de forma ativa e intencional as questões que afetam o futuro de sua família.¹²⁵ A mediação em questões familiares pode encontrar algumas dificuldades quando os pais moram longe um do outro e as partes precisam se reunir por um certo prazo para chegar a um acordo. O uso de um mecanismo de mediação pode envolver contato direto entre as partes, face a face.

5 CONCLUSÃO

A mediação, a conciliação e outros mecanismos alternativos de resolução de conflitos representam uma mudança de paradigma no sistema judiciário brasileiro. O aumento da conciliação para resolução de conflitos tem sido uma experiência exitosa, principalmente no que diz respeito aos centros de conciliação (CEJUSCs). Essa mudança de paradigma aponta de uma cultura de “guerra judicial” para uma cultura de “diálogo social” entre as partes envolvidas. A mediação segue na mesma direção de sucesso, inclusive no fornecimento de melhores soluções em questões familiares.

A mediação transfronteiriça promove uma aproximação entre a diversidade cultural, construindo uma ponte de justiça social. Fortalece a cultura de paz na solução de controvérsias, especialmente na área familiar, protegendo pessoas vulneráveis, como mulheres e crianças. A mediação transfronteiriça é outra forma de garantir às famílias transnacionais o acesso à justiça. É muito importante ressaltar que os princípios fundamentais do direito à pensão alimentícia são a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar.

As famílias transnacionais precisam resolver seus problemas. O reconhecimento da mediação transfronteiriça ou mesmo da co-mediação pode ser um caminho para alcançar a autocomposição e a justiça em questões familiares, incluindo pensão alimentícia e alimentos, por meio da cooperação jurídica internacional.

REFERÊNCIAS

124 PALI, B; VOET, S. Family Mediation in International Family Conflicts. In: **The European Context Institute of Criminology**, Katholieke Universiteit Leuven, 2012, p. 10.

125 *Ibid*, p. 31.

ARAUJO, N.; VARGAS, D. T. **The cross-border recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law.** In: Jose Antonio Moreno Rodrigues; Claudia Lima Marques. (Org.). Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014. 1 Ed. Porto Alegre / Asuncion: Gráfica e Editora RJR, 2014, v. 1, pp. 485-506.

ARAUJO, Nadia de et al. Novos temas na agenda da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: Grupo de Especialistas discute o reconhecimento e execução de acordos privados em disputas familiares internacionais. In: **New topic in the agenda of the Hague Conference on Private International Law: Groups of Specialists discuss recognition and enforcement of private agreements in cross-border family disputes” ASADIP.** 2014.

BECK, U. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

BÖHNING, W. R. **Studies in International Labour Migration,** London and Basingtoke, Macmillan Press, 1984.

BORRÁS, A. **The Necessity Flexibility in Application of the New Instruments on Maintenc.** in BOELEWOEKI, Katharina et al, Convergence and Divergence in International Private Law, Liber Amicorum, pp.173- 192, Kurt Sieht, Schulthess, Eleven, 2010.

BORRÁS, A.; DEGELING, J. **Explanatory report on the convention of 23 november 2007, on the international recovery of child support and other forms of family maintenance.** Edited by the Permanent Bureau of the Conference, 2009.

CDC. Comité dos Direitos da Criança. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** 1999.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** 4a Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

HÖRNLE, J. **Cross-Border Internet Dispute Resolution.** Cambridge University Press, 2009.

JAYME, E. “Cultural dimesion of Maintenance Law from a Private International Law Perspective”, in Beaumont, B Hess, LWalker and S Spancken (eds) The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide (Oxford, Hart Publishing, 2014), pp 3-14.

LOPES, I. **Maintenance Obligations in the Brazilian Legal System.** in BEAUMONT, B; HESS; WALKER, L; SPANCKEN, S. (eds) The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide, Oxford, Hart Publishing, 2014.

PALI, B; VOET, S. Family Mediation in International Family Conflicts. In: **The European Context Institute of Criminology,** Katholieke Universiteit Leuven, 2012, p. 10.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. vol. V – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RUBAJA, N. El reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos como vía para asegurar los derechos de los niños en situaciones familiares Internacionales. In **Revista de Derecho de Familia**, (Abeledo Perrot, Septiembre 2016, Nº 76, Buenos Aires, Thomson Reuters, p. 207 – 222.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. “**Turma afirmativo que reconhecimento espontâneo e vínculo socioafetivo impede negativa posterior de paternidade**”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Turma-reafirma-que-reconhecimentoespont%C3%A2neo-e-v%C3%ADnculo-socioafetivo-impedem-negativa-posterior-de-paternidade. Acessado em 22 de março de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Processo Civil** - Civil - Ação de Alimentos, Recurso Especial no. 1218510-SP (2010/0184661-7) Terceira Turma Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente CEM, Data do Julgamento: 27 de setembro de 2011.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **Maintenance Obligations**. Convention on the Recovery Abroad of Maintenance. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XX1&chapter=20&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 17 março 2022.

VISCHER, F. **General course on private international law**. Vol. 232, in Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, 1992.

WALKER, L. **Maintenance and Child Support in Private International Law**, Oxford and Portland: Hart, 2015.

O VOTO IMPRESSO NO BRASIL E SUAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS: ESTUDO DE CASO DO PROJETO DE LEI Nº 1.175/2015

GUSTAVO HENRIQUE DA SILVA:

Bacharel em Direito pela União Educacional De Ensino Superior Do Médio Tocantins Faculdade De Ciências Jurídicas De Paraíso Do Tocantins (UNEST)

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA

(orientador)

RESUMO: Tem-se como objeto central deste estudo o Projeto de Lei nº 1.175/2015, que busca reintroduzir ao ordenamento jurídico brasileiro a utilização do voto impresso como forma de registro de votos em conjunto com a urna eletrônica, sendo que o presente trabalho busca verificar sua inconstitucionalidade. Este estudo surgiu a partir do objetivo geral de observar se o restabelecimento do voto impresso no Brasil possui o devido amparo do sistema normativo constitucional, cuja análise se dará a partir do estudo de caso a ser realizado sobre o Projeto de Lei nº 1.175/2015. A metodologia empregada foi através da pesquisa jurídica, de cunho exploratória, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o voto impresso, a urna eletrônica e a apuração dos votos dentro do sistema eleitoral brasileiro, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo. Dentre os resultados alcançados tem-se que ficou demonstrado que o voto impresso não possui legitimidade constitucional para ser restabelecido no sistema eleitoral brasileiro, e que tais mudanças trariam muitos desafios, necessitando uma possível reforma a fim de implementar nas urnas eletrônicas mais uma forma física de auditoria. Concluiu-se, então, que existe uma divergência entre as entidades governamentais quanto à reintrodução do voto impresso, existindo uma pequena colisão entre a segurança e confiabilidade das urnas com o implemento da impressão do voto.

Palavras-chave: Voto Impresso. Urna Eletrônica. Constitucionalidade do Voto impresso. PL n.º 1.175/2015.

ABSTRACT: The central object of this study is the Bill nº 1.175/2015, which seeks to reintroduce to the Brazilian legal system the use of the printed vote as a way of registering votes in conjunction with the electronic ballot box, and the present work seeks to verify its unconstitutionality. This study arose from the general objective of observing whether the reestablishment of the printed vote in Brazil has the due support of the constitutional normative system, whose analysis will be based on the case study to be carried out on the

Bill nº 1.175/2015. The methodology used was through legal research, of an exploratory nature, being bibliographical and documentary, with qualitative analyses, considering that doctrinal and jurisprudential understandings were observed on the printed vote, the electronic ballot box and the counting of votes within the Brazilian electoral system, whose Theoretical approach method was the deductive. Among the results achieved, it has been demonstrated that the printed vote does not have constitutional legitimacy to be re-established in the Brazilian electoral system, and that such changes would bring many challenges, requiring a possible reform in order to implement in electronic voting machines another physical form of voting. audit. It was concluded, then, that there is a divergence between governmental entities regarding the reintroduction of the printed vote, with a small collision between the security and reliability of the ballot boxes with the implementation of the printing of the vote.

Keywords: Printed Vote. Electronic Urn. Constitutionality of the Printed Vote. Bill n.º 1.175/2015.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo da reintegração do voto impresso nas eleições no Brasil ao verificar se o voto impresso possui legitimidade constitucional para ser restabelecido.

Assim, tem-se por tema desta pesquisa a análise acerca do restabelecimento do voto impresso no Brasil e se há amparo na Constituição Federal, o que se dará a partir do estudo a ser realizado sobre o Projeto de Lei n.º 1.175/2015. Observando os fundamentos jurídicos que embasam a sua criação, surgiu, assim, a seguinte problemática: o Projeto de Lei n.º 1.175/2015, que pretende alterar a Lei n.º 9.504/1997 para determinar se a emissão do voto impresso pela urna eletrônica, é constitucional?

Esta pesquisa justifica-se a partir da ideia de se tentar efetuar uma pequena reforma no sistema eleitoral do país pelo Congresso Nacional, sendo o objeto de uma dessas mudanças a implementação do voto impresso no sistema das urnas eletrônicas, mesmo diante do parecer do Supremo Tribunal Federal – STF, considerando como retrocesso, que põe em risco a segurança e o sigilo dos votos, aonde parte dos deputados da casa legislativa, não foram convictos da segurança da urna eletrônica, buscando assim, uma implementação dos seus sistemas.

Este estudo norteou-se a partir do objetivo geral de observar se o restabelecimento do voto impresso no Brasil possui o devido amparo do sistema normativo constitucional, cuja análise se dará a partir do estudo de caso a ser realizado sobre o Projeto de Lei n.º 1.175/2015.

O caminho percorrido para o desfecho da produção desse trabalho seguiu-se a partir de objetivos específicos que direcionaram o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, expor, inicialmente, o Projeto de Lei nº 1.175/2015 a partir de seu objeto e da sua tramitação, pontuando os argumentos jurídicos que embasaram a propositura deste projeto normativo.

Adiante, outro paradigma importante que norteou esta pesquisa foi demonstrar os institutos jurídicos constitucionais relacionados ao sufrágio universal e da sua instrumentalização através do voto, de modo a encontrar e compreender os fundamentos que levaram a fazer do voto um mecanismo eletrônico do exercício da democracia.

Por fim, esta pesquisa extraiu do estudo de caso sobre o Projeto de Lei nº 1.175/2015 os elementos necessários para entender se o voto impresso possui legitimidade constitucional para ser restabelecido no sistema eleitoral brasileiro.

A metodologia empregada foi realizada através da pesquisa jurídica, de cunho exploratório, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da constitucionalidade do voto impresso no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, o estudo do tema, é de grande importância dentro do sistema eleitoral brasileiro, sendo necessário para a sociedade compreender as mudanças propostas pelo legislativo que poderá determinar qual o melhor e mais seguro sistema eleitoral para o país.

2 O PROJETO DE LEI N.º 1.175/2015 E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO VOTO IMPRESSO COMO EXERCÍCIO DO SUFRÁGIO UNIVERSAL: um estudo sobre sua elaboração e tramitação na Câmara dos deputados

O projeto de Lei 1.175/2015 ampliará o sistema utilizado atualmente nas eleições em todas as esferas federativas. Criado pelo Deputado Federal Marcelo Squassoni do (PRB) e João Carlos Bacelar do (PTN), seu prosseguimento foi concebido após parcela da sociedade questionarem a credibilidade das urnas eletrônicas, em especial quanto à segurança do sistema de embaralhamento dos votos, realizados nas urnas eletrônicas, passando assim a emitir o voto impresso. Assim, dispõe o referido projeto de lei 1.175/2015 as seguintes propostas:

Art. 1.º Esta Lei altera o §8º do artigo 59 da Lei nº 9.054, de 30 de setembro de 1997 que passa a vigorar da seguinte forma: "Art. 59 § 8º. Confirmado o voto do eleitor, a urna eletrônica emitirá a contrafé do voto integral finalizado em papel com código único para a

respectiva eleição e controlado pela Justiça Eleitoral, devendo o eleitor, após conferi-lo, depositá-lo, de imediato, em urna física lacrada localizada ao lado da cabine de votação, na presença dos fiscais eleitorais. (NR)

Art. 2.º O art. 61 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: "Art. 61 § 1º. Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do "software" mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral nos municípios com mais de 200 mil eleitores e 4% (quatro por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral nos municípios com até de 200 mil eleitores, respeitado o limite mínimo de 3 (três) urnas eletrônicas por município, que deverão ter seus votos em papel contados manualmente e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna eletrônica.

No cenário atual não existe a utilização de cédulas de papel desde a substituição no ano de 1996, quando foi instituído a urna eletrônica como teste nas eleições. Em 2002 a urna eletrônica foi implementada em todo o território nacional, uma conquista revolucionária, onde outros países buscaram a tecnologia, cujo objetivo foi acabar com fraudes, que se faziam presente nas eleições com cédulas de papel, e para verificar a integridade dos votos computados eletronicamente, mesmo modelo utilizado na Bélgica. Sem a materialização do voto, a apuração das eleições fica refém do programa que computa as escolhas dos eleitores em eleições no Brasil.

Os desenvolvedores do projeto apontam diversas justificativas para a aplicação e desenvolvimento do projeto de lei, considerando o voto na urna eletrônica e impresso, as melhores propostas, igualmente já instituídas em outros países mais desenvolvidos. Sobre o referido preceito SQUASSONI E BACELAR, (2015, p.3) justifica como "A versão digital é utilizada para apuração rápida, [...] e ambiente digital", sendo na atualidade seguro e eficiente.

Um ponto a se observar muito relevante, o próprio Tribunal Superior Eleitoral — TSE, conduz corriqueiramente antes das eleições, teste público de segurança, aberto ao público, que desejam testar a segurança das urnas eletrônicas, fato esse que ocorre desde 2009, onde:

Individualmente ou em grupo, eles buscarão executar [...], 29 planos de ataque nos hardwares e nos sistemas que serão utilizados nas Eleições Gerais. (BRASIL, 2021, Não Paginado)

Conforme o projeto será feito sorteio de urnas de todas as seções para ser realizada a apuração que, logicamente, deverá bater com o número registrado pelo sistema eletrônico, a ser realizado da seguinte forma:

O sorteio de 2% das urnas nos municípios com mais de 200 mil eleitores e de 4% das urnas nos municípios com menos de 200 mil eleitores, respeitado o limite mínimo de três urnas eletrônicas por município. (SQUASSONI E BACELAR, 2015, p.1)

A conferência será realizada desde que haja fundada suspeita de fraude, a ser analisada por um juiz eleitoral, e será contada e conferida. Sendo assim, será realizada uma conferência de votos, independente da fornecida pelo 'software'.

Dentre as demais questões apresentadas, faz-se necessário destacar sua tramitação na Câmara dos Deputados, que, no dia 28 de maio de 2015, foi apresentado o requerimento de n.º 20/2015 para se realizar o debate pela Comissão De Constituição E Justiça E De Cidadania — CCJC, acerca da PL n.º 1.175/2015, o que não ocorreu. Nesse caso, teve seu arquivamento decretado pela Mesa Diretora com base no art. 105 do seu regimento interno:

Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem [...]. (BRASIL, 2021, não paginado)

Portanto, reeleito o Deputado Carlos Henrique Gaguim, solicitou o desarquivamento de algumas proposições (Projetos de sua autoria), dentre eles o PL 1.175/2015, que nos termos do Art. 105 — Parágrafo Único, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados — RICD, diz que: "Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores [...]". (BRASIL, 2021, Não Paginado)

Após o desarquivamento, o Deputado Bacelar (PODE/BA) requereu a tramitação em conjunto da PEC n.º 18 de 2020, por ser semelhante ao Projeto de Lei n.º 1.175/2015, sendo apensadas por tratarem de matérias correlatas, não sendo reconhecido pela mesa diretora, sendo assim, arquivada.

A ideia central estabelecida no projeto tem como base argumentativa de não existir uma eleição totalmente segura utilizando apenas o sistema de embaralhamento eletrônico sem haver uma forma independente de apuração, conforme descrito na própria justificativa:

A maioria das alternativas para se permitir essa verificação envolvem materializar o voto em algum veículo que permita apuração posterior sem permitir simultaneamente que o eleitor possa comprovar sua escolha para uma terceira parte interessada.

Sem a materialização do voto, a apuração das eleições fica refém do programa que computa as escolhas dos eleitores em ambiente digital. (SQUASSONI E BACELAR, 2015, p.3)

Trata-se de um assunto debatido no âmbito jurídico, político e social, de que a dependência do 'software' deixa os eleitores reféns do sistema, se tornando possivelmente uma zona propícia a fraudes que não deixam vestígio.

Ademais, a ideia de reforma parcial do nosso sistema eleitoral consiste no registro do sufrágio em forma física, que se dará por meio da impressão, mas para isso faz-se necessário uma análise acerca do texto que justifique essa reforma, que objetiva melhorar nossos sistemas para se adequar aos dias de hoje.

Dessa maneira a regularização do voto impresso é uma medida de adequação com padrões estabelecido pela comunidade internacional, por exemplo, o abandono da Índia na utilização das urnas eletrônicas convencionais, passando a ser do seguinte modo, "Depois o eleitor ou a eleitora pode ver, por uma pequena janela de acrílico numa espécie de impressora acoplada ao equipamento, um papel de auditoria comprovando o voto digitado". (BRASIL, 2021, não paginado). Esta é a implementação proposta a ser estabelecida nas eleições do Brasil.

O texto da PEC n.º 1.175/2015 passou pela Comissão de Constituição e Justiça que teve sua votação adiada pelo fato da pandemia, que assolou a nossa nação, sendo o mesmo apensado ao Projeto de Lei n.º 1.169/15, avaliado em 2019 pela CCJC, é teve a representação pelo Deputado Hiran Gonçalves (PP-RR), onde o mesmo, apresentou uma alteração em que foi revogado o Art. 59 — A, estabelecendo o Art. 59 — B, mas no dia 14 de maio de 2019, passou novamente por votação na CCJC que, por falta do seu autor principal, foi deliberado pela comissão um requerimento para adiamento por 5 sessões, impossibilitando uma decisão. Portanto, outro projeto com o mesmo objetivo foi votado, mas, acabou sendo rejeitado pela comissão.

3. O SUFRÁGIO UNIVERSAL E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO VOTO: o antagonismo entre o voto impresso e a urna eletrônica

O Brasil, pode se exaltar por ser um dos primeiros países a desenvolver um equipamento eletrônico capaz de apurar os votos, identificar o eleitor, e ainda garantir o sigilo do voto, sendo a urna eletrônica o modelo de maior confiança dos modos de votação, aceito por grande parte da sociedade, sendo que os sistemas são controlados

pelo órgão máximo da Justiça eleitoral brasileira, a sua competência e regida pela constituição federal do Brasil de 1998, e pelo Código Eleitoral.

Entretanto, cria-se o PL n.º 1.175/2015 com objetivo de reformar o sistema de voto atual no Brasil, após a criação da urna eletrônica desenvolvida para ser um aprimoramento, uma evolução, no sistema eleitoral brasileiro, como descreve o próprio Tribunal Superior Eleitoral, em outras eras, "o voto era falado ao ouvido do escrivão, que o anotava e apurava; em seguida ele registrava o nome dos eleitos em papéis guardados em bolas de cera os pelouros". (BRASIL, 2016, p. 12)

Outrora, muito se igualam o sistema de votação em cédulas de papel, além de alterações nas contagens dos votos, por ser realizada manualmente, trazia muitos problemas de segurança, principalmente pela intervenção humana.

Dentro dessa perspectiva, compreenderemos o que é a soberania popular, ela é exercida através do sufrágio que é, o direito de votar e ser votado, previsto na Constituição como forma indispensável para a efetivação da democracia, sendo ele exercido de forma direta e secreta nos termos do art. 14 da Constituição de 1988, o sigilo é um dos pilares contra as fraudes, pois, impossibilita os eleitores de serem identificados e coagidos. Assim, qualquer forma que põe risco os eleitores, violando o sigilo do voto, é inconstitucional.

Realizando uma análise histórica antes da era digital, na Constituição do Império de 1824 adotava a seguinte sistemática:

A Constituição do Império (1824) adotou o sufrágio censitário, estabeleceu um primeiro limite mínimo de renda líquida anual (cem mil réis) para votar nas eleições das assembleias paroquiais, e impôs um segundo limite mínimo de renda líquida anual (duzentos mil réis) ainda maior para que o interessado pudesse votar, "para deputados, senadores e membros dos conselhos de província (art's. 92 e 94). Para ser nomeado deputado o interessado, dentre outras exigências, tinha de comprovar renda líquida anual de quatrocentos mil réis (art. 95). (CHIMENTI, 2021, p.26).

Diferentemente do sufrágio censitário, que determinava rendas para votar nas eleições, a constituição federal de 1988, garante aos eleitores o direito para escolherem seus representantes democráticos.

Assim, a participação popular foi instaurada, resguardando os direitos políticos da população, onde o voto passou a ser direto e secreto. Eventualmente depois da constituição federal, continuou a utilizar o modelo arcaico das cédulas de papel para

registro de votos, com ocorrência das mesmas falhas, sem a garantia de uma eleição segura e legítima.

As presentes falhas, como a demora nas apurações dos votos era uma constante, como os custos elevados para as apurações, que contraria essencialmente o princípio da eficiência, cujo objetivo é aproveitar os recursos disponíveis, para obter o melhor resultado que se deseja com o mínimo possível de gastos, assim descreve GROTTI:

É um conceito econômico, que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa. [...] A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidade dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos empregados a maior qualidade na sua prestação. (GROTTI, 2003, p.298-299 apud ARAÚJO, Késia Cristina Gonçalves, 2018. p. 20).

Fatos esses superados pela urna eletrônica, essa é uma ressalva importante, que se obtém com a informatização eletrônica do voto, além da sua segurança, abrangem a economicidade e a sua agilidade na obtenção dos resultados, tudo isso, por um custo extremamente baixo, diferente das eleições com voto impresso, por ser um processo lento, caro, muitas vezes fraudulento que habitualmente havia preenchimentos de votos em branco, extração de cédulas, havia discrepâncias absurdas nas eleições eram sem precedentes.

Porém, em 1996, foi criada as urnas eletrônicas, e quatro anos depois foi implementada nas eleições no Brasil. Inicialmente foi denominada como Coletor Eletrônico de Voto (CVE), e sua criação se deu da seguinte forma:

Na gestão do ministro Carlos Velloso, foi apresentada por uma comissão, um projeto, que essencialmente na época, seria hoje a urna eletrônica, contou-se com uma equipe preparada para a elaboração, escolhidos cuidadosamente, envolvendo-se programadores, técnicos informáticos, as forças armadas, justiça eleitoral dentre outros, o objeto central foi apresentar o desenvolvimento de um equipamento capaz de registra os votos. (BRASIL, 2017, Não Paginado).

No ano 2000, definitivamente o país deixou para trás o conceito de eleições com cédulas de papel, informatizando totalmente o processo eleitoral, e nas eleições que

prosseguiam, as urnas eletrônicas estavam presente em todo o território nacional, com o voto completamente eletrônico.

O Tribunal Superior Eleitoral — TSE, ficou a cargo de regular o uso das máquinas de vota, sendo assim, trouxe consigo as diretrizes para criação do voto eletrônico, fundamentada nas seguintes propostas, foram a:

- Solução universal – Registro do voto pelo número do candidato ou partido;
- Aderência à legislação vigente – Com possibilidade de evolução para garantir que mudanças na legislação eleitoral não obrigassem a alterações na urna eletrônica;
- Processo amigável – Fácil utilização pelo eleitor, com a visualização na tela dos dados do candidato antes da confirmação do voto;
- Custo reduzido – O projeto deveria ser economicamente viável, em função do elevado número de seções eleitorais;
- Perenidade – Possibilidade de uso em várias eleições, diminuindo o custo do voto;
- Segurança – Eliminação da possibilidade de fraude no registro do voto e na apuração do resultado;
- Facilidade na logística – Urna eletrônica pequena, rústica, com peso reduzido, de fácil armazenamento e transporte;
- Autonomia – Uso de bateria nos locais onde não há energia elétrica. (BRASIL, não paginado).

Dentro dessa mecânica eleitoral, essas foram as guias que fomentou o sucesso das urnas, a questão da segurança que ela promete, dentro dessa pauta um dos mecanismos utilizados para garantir é a assinatura digital, sendo está, um “hardware” com criptografia utilizada para assegurar a integridade dos arquivos, conferindo uma identidade individual, assegurando que as informações delas advindas sejam autênticas e com garantia de origem (BRASIL, 2016, p. 22) sendo uma das formas de impedir sua alteração. A leitura da digital e outra forma de assegurar a veracidade dos arquivos das urnas eletrônica, só a digital da pessoa pode liberar os votos e validá-los. (BRASIL, 2016, p. 26).

Diante desse cenário, com a mobilização do povo em virtude das eleições no seguinte ano, publicou-se no Diário Oficial da União, no ano de 1999 em 29 de setembro,

e no ensejo das eleições no último minuto, para que entrasse em vigora Lei n. 9.840/99, lei esta que tipificou crime a compra de votos, um avanço contra a corrupção no Brasil. Pedro Lenza observou que:

Lei n. 9.840/99: conhecido como "captação de sufrágio", buscou, nos termos de sua justificativa, ... dar mais condições para que a Justiça Eleitoral possa coibir com mais eficiência o crime de compra de votos de eleitores" (DCD, 15.09.1999, p. 41598). Iniciou-se com o lançamento do projeto "Combatendo a corrupção eleitoral", em fevereiro de 1997, pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), com o apoio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), sendo apoiada a iniciativa por mais de 60 entidades. Até 10.08.1999 tinha sido subscrito o projeto de iniciativa popular por 952.314 eleitores, sendo entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados. (LENZA, 2021. p.1614)

Com a tipificação da compra de votos, tornou-se mais um importante passo, contra a corrupção e aquisição ilícita de votos, prática essa comum nas eleições que utilizavam cédulas de papel no registro dos votos, dando assim um maior respaldo para a utilização da urna eletrônica em decorrência da sua segurança.

Correlacionando-se, com essas tendências, ainda assim é apreciado no Congresso Nacional a junção de impressoras nas urnas eletrônicas, de forma que, ao digitar o voto e conferir em tela, será impresso em conjunto devendo ser iguais, em seguida a impressão será depositado em uma caixa, no caso de auditorias, devem ser compatíveis com os do "software" efetuados pelas urnas.

Até então, uma boa parte tem dúvidas da relevância, eficácia e transparência das urnas, de um lado, alguns duvidam da urna eletrônica, mas do outro, tem-se o Tribunal Superior Eleitoral — TSE, que apresenta provas da total segurança e sigilo que as urnas eletrônicas possuem. Para garantir mais ainda essa precisão elas são testadas antes das eleições, são testados seus códigos fontes, e para a segurança é "imprimido a zerésima relatório que comprova que ela não contém nenhum voto" (BRASIL, 2016, p. 25) mediante clara inspeção do Tribunal Superior Eleitoral - TSE.

Uma das questões apresentadas é a sua auditoria, um dos principais fundamentos das partes a favor seria a facilidade e a confiança, independente dos "softwares". As urnas eletrônicas, possuem auditorias confiáveis, consoante o próprio Tribunal Superior Eleitoral-TSE:

Os interessados em solicitar auditoria do voto eletrônico devem apresentar pedido fundamentado, com indicação dos locais a serem auditados.

É possível realizar auditoria do processo eleitoral sob diversos aspectos, a saber:

verificação do resumo digital (hash); reimpressão do boletim de urna; comparação entre o boletim impresso e o boletim recebido pelo sistema de totalização; verificação de assinatura digital; comparação dos relatórios e das atas das seções eleitorais com os arquivos digitais da urna; auditoria do código-fonte lacrado e armazenado no cofre do TSE; recontagem dos votos por meio do Registro Digital do Voto (RDV); comparação da recontagem do RDV com o boletim de urna (formato PDF). (BRASIL, Não Paginado).

Diferentemente do modo realizado com o voto impresso, nas auditorias dificilmente se obtém resultados confiáveis, pois, qualquer problema a ser resolvido envolveria o contato humano, que por vez, na urna eletrônica foi significativamente diminuído a colher a digital para liberar o voto aos eleitores.

As chamadas urnas de segunda geração, como é a apresentado na justificção do PL n.º 1.175/2015, e usadas em outros países como, por exemplo:

Esse sistema é utilizado na Bélgica, Holanda, Alemanha, Argentina, Rússia, em boa parte dos Estados Unidos, além de alguns estados do México e províncias do Canadá. É perceptível que os exemplos citados correspondem a países das mais distintas dimensões e desenvolvimento econômico. (SQUASSONI; BACELAR, 2015, p.6)

A sua funcionalidade, como descreveu o doutrinador Pedro Lenza, (2021, p. 3485), as urnas funcionariam da seguinte forma:

"A urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado. Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica".

O que conseqüentemente foi vetado, pela então presidente da república na época Dilma Rousseff em 2015, segundo a mesma, haveria "alto impacto financeiro (cerca de um bilhão e oitocentos milhões de reais), em sua estimativa, nem a comprovação da adequação orçamentária". (LENZA, 2021, p.3485), impossibilitando a sua implementação.

Mesmo assim, diante desse cenário com aceitação de parte da sociedade, o fato é a "urna eletrônica" e o "voto impresso", não agradara a todos, e será sempre levantado a

questão de irregularidades, mas isso é fruto de uma sociedade democrática, onde todos somos livres para expressar nossos pensamentos.

Assim, é necessário compreender que, essas mudanças tratam-se de política, essas implementações são economicamente falando insustentáveis diante do cenário atual.

4. OS REFLEXOS JURÍDICOS PERCEBIDOS DO ESTUDO DE CASO SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 1.175/2015

Como disposto anteriormente, a proposta da PL 1.175/2015, é unificar a urna eletrônica e o voto impresso, ou seja, a mudança não se trata da extinção das urnas eletrônicas, ou retrocesso dos votos em cédulas de papel, mas a substituição por um novo modelo de urnas, capaz de imprimir o voto e possibilitar a conferência individualizada do sistema eletrônico. Contudo, essa mudança não geral um grau a mais de segurança, apenas descreveria de modo impresso, que os códigos e sistema utilizado para captar o sufrágio atualmente, e efetivamente seguros, de confiança e bem escritos.

Uma das questões a serem analisadas, e quanto a constitucionalidade do voto no nosso ordenamento jurídico, o dispositivo em pauta diverge do direito subjetivo em relação ao voto secreto, já que existia a possibilidade de identificação do eleitor, por uma assinatura única ou número único, esses motivos deram pauta ao Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade — ADI 5.889, e a ADI 4543, como citado, pelo relator, “risco de identificação do eleitor com a possível quebra do sigilo do voto e, por consequência, a liberdade” (LENZA, 2021, p. 3483).

Vale ressaltar que, para as pessoas que não sabem ler (analfabetos), pessoas portadoras de deficiência visual (PcD), a exigência da impressão do voto não significará nada que não o retrocesso a tempos já superados, onde os referidos necessitavam de auxílio de terceiro, que imaginava e presumia-se, ter boa-fé. Em casos do tipo, não existiriam maneiras de fazer com que as pessoas com deficiência visual estabelecessem a confirmação manual do voto.

Conforme o próprio sítio do Tribunal Superior Eleitoral — TSE, as urnas eletrônicas são exímias em adequação social, possui em suas diretrizes desde a sua implementação, mecanismos adaptados para deficientes visuais, auditivos e analfabetos, descreve que:

O teclado do terminal do eleitor apresenta os números em sistema braile, além de ponto de referência no número 5, para orientação do eleitor que não lê braile. Há, ainda, a possibilidade de se utilizar fones de ouvido, para que o eleitor cego ou com deficiência visual receba sinais sonoros com indicação do número escolhido. (BRASIL, 2017, não paginado)

Formas mais que suficientes para assegurar o sufrágio do voto, como sabemos existe a garantia constitucional do direito ao voto ser secreto, o que dispensa a ajuda de terceiro na hora de votar mesmos os deficientes visuais ou analfabetos, já que, o voto é conferido de igual valor para todos.

Os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, continuam com a decisão da inconstitucionalidade do voto impresso, o Ministro Gilmar mendes questionou e enfatizou a questão dos custos para a implementação, ressaltou que:

O custo estimado para a aquisição do módulo impresso para todas as urnas seria de quase R\$ 2 bilhões, o que, a seu ver, é uma solução longe do ideal, na medida em que seria um adicional às urnas já existentes, e não um equipamento completo e integrado. "Não é possível fazer uma mudança tão abrupta no processo eleitoral, colocando em risco a segurança das eleições e gastando recursos de forma irresponsável", afirmou. (BRASIL, 2020, não paginado)

Ressaltando que seguindo esses pressupostos de custeios, se mostram completamente desnecessários os gastos resultantes da implementação do voto impresso, mais que isso, fere o princípio da eficiência, já que, tais verbas poderiam ser aplicadas em partes que trariam mais retorno para a sociedade.

Muitos defendem que essa progressão está atrasada há muito tempo e que, diante dos avanços tecnológicos existentes a urna eletrônica se mostra como um potencial meio de sistema de fraudes perfeito. Todavia, mesmo diante das acusações acerca de possível fraudulência, nunca foram apresentadas nenhuma prova de tais violações, mas tão-somente, questionamentos. Nesse sentido, é a disposição de Velloso (2020, p. 624):

A impressão do voto viola o direito inexpugnável ao segredo, conferido ao cidadão pela Constituinte como conquista democrática, com o intuito de suplantar os gravíssimos vícios que a compra e venda de votos provocam, vulnerando o sistema democrático.

A questão é bastante simples, as medidas apresentadas até os dias atuais em conjunto com o Projeto de Lei 1.175/2015, não obtiveram sucesso em construir embasamento e legitimidade constitucional, sendo que, a reforma referida, nos moldes em que está sendo proposta, viola verticalmente as diretrizes impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para ser feita uma reforma de tal relevância, anteriormente abordada, devem ser avaliadas diversas variáveis. A forma em que é sugerida a confirmação pelo voto impresso, em que pese à primeira vista parecer um adicional de segurança, observando atentamente

as entrelinhas, verifica-se que, na verdade, essa medida pode significar a manipulação eleitoral, podendo inclusive, serem acrescentados votos impressos a mais por ação humana.

Sendo assim, não existe essa possibilidade com as urnas eletrônicas, as medidas propostas na Lei n.º 9.504, que estabelece normas para as eleições, possui legitimidade constitucional, as nossas urnas eletrônicas garantem agilidade nas apurações, a confiança do voto ser secreto e direto, além da inclusão social, estipulada na constituição, visto que a soberania popular será exercida de igual valor para todos, sem distinções.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, buscou analisar as informações decorrentes da criação da PL n.º 1.175/2015, que visa restabelecer o voto impresso no sistema eleitoral brasileiro, bem como se as mudanças previstas nessa reforma eleitoral possuem amparo legal, tal como, acerca da constitucionalidade, dos implementos descritos na sua criação, em que, modifica a LEI N.º 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, no sistema eleitoral brasileiro.

Vale ainda ressaltar, que o caminho percorrido até aqui, para obter a produção e o resultado desse trabalho, seguiu-se a parti de objetivos, que direcionaram as buscas pelas informações, da criação do projeto de lei 1.175/2015, e quanto a sua constitucionalidade para uma pequena reforma no sistema eleitoral, estabelecendo o voto impresso no Brasil, sendo utilizadas pesquisas bibliográficas, e documental visando explorar quais os amparos da constituição federal ao modelo da urna eletrônica e o voto impresso.

Através desses dados obtidos, nota-se que, o restabelecimento do voto impresso no Brasil não possui o devido amparo do sistema normativo constitucional federal, configurado como um rompimento do sigilo do voto, fato esse, inclusive defendido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade ADI n.º 4.543 DF, que por viés, deferiu medida cautelar suspendendo a eficácia do Art. 59 – A, base total para a fundamentação da PL 1.175/2015, que se reiterou na mudança para Artigo 59 -B, com os mesmos fundamentos inconstitucionais, ocorrendo a sua arquivação.

Tratando-se sobre o voto, é possível notar avanços estabelecidos, em nossa constituição, tratando como direitos e garantias fundamentais na parte dos direitos políticos, o voto direto secreto de igual valor para todos, o voto é o meio fundamental para o bom andamento da democracia, não pode nem mesmo ser objeto de emenda constitucional, que tenha em seu teor o objetivo de supressão.

A segurança dos eleitores nas eleições foi conquistado, desde a urna eletrônica, além da sua eficiência na entrega dos resultados, não é possível vincular o voto ao eleitor, devido aos seus amplos sistemas de segurança, além dos mecanismos de auxílio às pessoas analfabetas e portadoras de deficiências visuais - PcD, que desde a informatização,

assegurou e facilitou-lhes o exercício do voto de forma individual, além de reduzir drasticamente o contato humano, obtendo incrível e nulo, erros nas apurações.

E notável, a grande quantidade de PEC's, apresentadas com o intuito de retomada do voto impresso, sob alegações infundadas de irregularidades nas urnas eletrônicas, destaca-se que, desde sua implementação, não foram apresentadas provas ou questionamentos de fato relevantes de violação.

A urna eletrônica, possui diversas formas de segurança, funcional, a leitura de digital é um bom exemplo, a verificação é a única forma de liberar a urna eletrônica para efetuar o voto impossibilitando fraudes, além de registra apenas que, o eleitor já efetuou seu voto, mas não em quem ele votou, devido ao sistema de embaralhamento resguardando o sigilo dos votos.

Contudo, o resultado desse estudo, foi a de que, os elementos e condições postas para a implementação do voto impresso são inconstitucionais, atualmente no ordenamento eleitoral brasileiro, sabendo do retrocesso que traz os custos altíssimos da implementação, sem se quer provado qualquer violação ou quebra de sigilo das urnas. A urna eletrônica, garante a inviolabilidade do voto, portanto, não podemos admitir em nossa democracia, um retrocesso aos direitos políticos já consagrados.

Em suma, o voto impresso não possui legitimidade constitucional para ser restabelecido, sendo assim, deve-se prevalecer a utilização do atual sistema a urna eletrônica, garantida pela constituição federal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco; BARREIROS NETO, Jaime; SANTIAGO, Marta Cristina Jesus (Coord.). **25 anos da urna eletrônica: tecnologia e integridade nas eleições**. Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2021. Disponível em: http://eje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/15413/mod_page/content/38/25-anos-da-urna-eletronica-digital.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

ARAÚJO, Késia Cristina Gonçalves. **Os cinco princípios constitucionais norteadores da administração pública e a corrupção no Brasil**. 2018. 19f. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de São João Del-Rei. Minas Gerais, 2018. Disponível em: <http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/bitstream/handle/123456789/213/MONOGRAFIA%20-%20Kesia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Impressão de registro põe em risco sigilo e liberdade de voto**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451785&ori=1>. Acesso em: 13 mar. 2022

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acessibilidade nas eleições**. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, [202-?]. não paginado. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/votacao/acessibilidade-nas-eleicoes>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Boletim de urna traz o resultado impresso da seção de votação**. 2021. não paginado. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Junho/boletim-de-urna-traz-o-resultado-impresso-da-secao-de-votacao>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Informatização do voto**. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral. [20--?]. não paginado. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/urna-eletronica/seguranca-da-urna/eleicoes>. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.611/2019**: dispõe sobre os atos gerais do processo eleitoral para as Eleições 2020. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral. não paginado. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-611-de-19-de-dezembro-de-2019-1>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Urnas eletrônicas têm adaptações para deficientes visuais**. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral. 2017. não paginado. Disponível em: [tre-sp.jus.br/imprensa/noticias-tre-sp/2017/Janeiro/urnas-eletronicas-tem-adaptacoes-para-deficientes-visuais](https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tre-sp/2017/Janeiro/urnas-eletronicas-tem-adaptacoes-para-deficientes-visuais). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições pelo Mundo: Índia usa urnas eletrônicas nas maiores eleições do mundo**. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral. 2021. Não Paginado. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/eleicoes-pelo-mundo-india-usa-urnas-eletronicas-nas-maiores-eleicoes-do-mundo>. Acesso em: 11 mar. 2022.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **O exercício da soberania popular e a Minirreforma Eleitoral de 2021**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

ANALISE DA EXTORSÃO DIGITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

JOAQUIM RODRIGUES DE SOUZA SANTOS:

Bacharelado no curso de Direito – Unirg¹²⁶.

ANTÔNIO JOSÉ ROVERONI¹²⁷

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem por intuito abordar a importância da averiguação da segurança de sites na internet. Visto que, com um aumento do uso da rede mundial de computadores (internet) a prática de extorsão cibernética se tornou cada vez mais comum, prejudicando de forma tanto íntima, quanto financeira a vida da vítima. Analisa-se a temática observando os níveis e tipos de extorsão e meios de aplicação através do ordenamento jurídico brasileiro, valendo-se de um estudo bibliográfico, com caráter descritivo e explorativo.

Palavras-chave: extorsão cibernética; internet; crackers.

Abstract: This research aims to address the importance of verifying the security of websites on the internet. Since, with an increase in the worldwide use of computers (internet), the practice of cyber extortion has become increasingly common, the victim being harmed in a way as intimate as financial as the life. The graphic observation is analyzed through the levels and types of extortion and means of application of the Brazilian legal system, using a bibliographic study, with a descriptive and exploratory character.

Keywords: cyber extortion; Internet; crackers.

126 E-mail: joaquim.rss@gmail.com

127 Mestre em Direito, concentração em Biodireito, Ética e Cidadania (2008); atualização e extensão em Filosofia Política (2008), Direito da Informática e Direito da Tecnologia da Informação e Comunicação (2003); Especialista em Direito Empresarial (1996); graduado em Direito (1988). Professor Adjunto com dedicação exclusiva do Centro Universitário UnirG, Gurupi/TO, no curso de Direito, nas disciplinas Direito Constitucional e Direito Tributário. Advogado. Experiência em docência universitária, com ênfase no uso da Tecnologia da Informação e Comunicação Digital para o aprendizado e para a Governança Eletrônica. Interesse em Direito de Estado, Propriedade Imaterial, Finanças Públicas e Tributação; Ensino Jurídico, Telecomunicações, Sociedade do Conhecimento e Cidadania, Direitos Emergentes, Inclusão Digital, Cibercultura e Ciberdemocracia, Filosofia do Direito e desenvolvimento de soluções para Governança Eletrônica. E-mail: roveroni@unirg.edu.br

Sumário: Introdução. 1. O aumento do uso da internet e a necessidade de a sua segurança. 2. Extorsão Digital e práticas delituosas. 3. Extorsão digital no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Pode-se considerar que atualmente a rede mundial de computadores, mais conhecida como internet e um dos maiores meios de interação entre pessoas, com um simples clique é possível fazer compras de diversos produtos, se relacionar de forma amigável ou amorosa, fazer movimentações financeiras e por aí vai.

Da mesma forma que existe essa ótica benéfica, atualmente possuem criminosos virtuais, que se valem do descuido ou até mesmo da inocência do usuário para aplicar golpes, invadindo o computador, notebook e até celular da vítima, obtendo informações pessoais acerca de sua vida e sua intimidade.

Através do crescente aumento do número de usuários na internet pode-se considerar que existe uma vulnerabilidade maior acerca de invasões de computadores, notebooks, celulares, dentre outros aparelhos eletrônicos. Assim, facilitando cada vez mais as brechas de extorsão cibernética.

Ao demonstrar os níveis e vários tipos de extorsão, o estudo tem por finalidade conceituar a extorsão cibernética e demonstrar sua agressividade na intimidade do indivíduo. Apesar de uma análise de uma obra fictícia, se vale também de acontecimentos reais, averiguando através do ordenamento jurídico brasileiro (ou das lacunas) presente neste.

Portanto, o estudo desenvolve-se através de buscar adentrar acerca da temática e desenvolver prognósticos dentro do ordenamento jurídico vigente e da doutrina que versam buscar demonstrar de forma clara e desembaraçada a temática

O presente trabalho científico levanta alguns questionamentos que necessitam ser abordados durante o decorrer da pesquisa, tais como: A extorsão cibernética é especificada no ordenamento jurídico vigente? Se os crackers tiverem acesso a algum conteúdo ilícito praticado pela vítima, existe punibilidade? Como a extorsão cibernética pode refletir negativamente na vida do indivíduo?

Outrossim, muitas pessoas acabam sendo vítimas de tais crimes pelo simples fato de não conseguirem averiguar a segurança de sites e arquivos, portanto, a necessidade da pesquisa se debruça em destrinchar sobre essas lacunas no ambiente virtual.

1.O AUMENTO DO USO DA INTERNET E A NECESSIDADE DE A SUA SEGURANÇA.

Com o acesso à internet mais facilitado pode-se observar que atualmente as pessoas tem uma maior comunicação com quaisquer notícias do mundo seja para fazer uma compra seja para comunicar com um familiar ou um amigo.

Conforme discorre o portal MEIO E MENSAGEM (2022, on-line):

Automação, trabalho e ensino remoto e geração excessiva de dados estão entre as tendências — já atuais — para o futuro no que envolve a tecnologia. Mesmo que pareçam já vivas na sociedade, tais questões ainda esbarram em obstáculos, como o da desigualdade, impedindo o desenvolvimento humano e profissional de determinados grupos.

Com essa facilidade a internet pode-se observar que hoje a internet não é um meio seletivo que só pessoas com o poder aquisitivo tem acesso atualmente várias pessoas podem utilizar o ambiente virtual, tornando este ambiente um local mais acessível para todos os indivíduos e pessoas.

Em 2021, a TCI domicílios disponibilizou uma pesquisa, analisando o crescimento do acesso à internet, que foi disponibilizada através da UOL, redigida pela jornalista Bruna Arimathea (2021, on-line):

O brasileiro ficou mais conectado entre os anos de 2020 e 2021, indicou a pesquisa anual TIC Domicílios, divulgada ontem. No último ano, o acesso à internet no País chegou a 83% da população, com aumento da presença das classes C, D e E — o crescimento nessas faixas de renda foi de mais de 10%. Apesar do aumento do acesso, navegar na internet não significou ter um computador em casa. A pesquisa revela que apenas 50% das pessoas de classe C possuem o dispositivo, enquanto nas classes D e E o número cai para 13%. Porém, o estudo estima um avanço no uso desses aparelhos, que encaravam índices menores em 2020. (2021, on-line)

Assim, o que se observa é que com tal crescimento, chance de pessoas que são leigas caírem em golpes aumentam cada vez mais, visto que, sua facilidade de acesso por um lado ser extremamente benéfica, por outro traz alguns malefícios que podem trazer prejuízos tanto financeiros como da intimidade da pessoa.

Tais golpes acontecem através dos crimes virtuais, que ganham cada vez mais força no meio digital, as práticas variam conforme o que o golpista quer, seja dinheiro ou seja uma informação.

Crimes virtuais são atos ilícitos praticados por meio de dispositivos móveis conectados, como computadores, celulares e tablets. As consequências ocasionadas por crimes praticados na internet podem afetar pessoas e empresas. Tais atos causam danos à reputação das vítimas e também prejuízos financeiros. (FREDERIGHI, 2021, on-line)

Os crimes virtuais vêm crescendo vez mais ao longo do tempo, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo de um crime digital, visto que, com a evolução da tecnologia, da comunicação, e principalmente com a acessibilidade que a internet oferece, o mínimo conhecimento é capaz de abrir o espaço para que o criminoso haja maliciosamente, já sujeito passivo é qualquer pessoa, física ou jurídica, de natureza pública ou privada. (ROZA, 2008).

Portanto, é importante ressaltar que apesar de já existir vários meios de coibir crimes virtuais na legislação brasileira se faz necessário que ainda haja uma atenção especial para tais práticas, pois cada vez mais os criminosos se adaptam a novas modalidades de crimes nas redes.

2.EXTORSÃO DIGITAL E PRÁTICAS DELITUOSAS.

A extorsão cibernética é considerada uma conduta delituosa, que adentra ao dispositivo da vítima (seja ele celular, tablet, computador, notebook etc) como forma de obter informações pessoais acerca da vida da vítima e de sua intimidade, como meio de obter vantagens em cima das informações acessadas.

Assim, o criminoso consegue acesso aos dados da vítima, sejam eles bancários, íntimos e outros, e inicia uma tentativa de obtenção de alguma vantagem com a informação que possui, que na grande maioria dos casos envolve algo que tenha enfoque com a vida íntima da vítima.

De acordo com o especialista Edinilson Vieira (2021, on-line) , as práticas mais comuns são: "Sites maliciosos,Falsas oportunidades de emprego, Falsos boletos e faturas, Romance scammer, Fake News, Aplicativos maliciosos, Lojas virtuais falsificadas, Concursos via Facebook,Hospedagem em Hotéis não existentes, Fraude por e-mail".

De tal prática criminosa, mina-se o Ransomwares que são softwares que tem por finalidade adentrar dentro de sistemas sem autorização do titular. Assim afirma SAISSE (2016, on-line): “Posteriormente é iniciado um mecanismo de exibição de imagens/mensagens informando sobre como realizar o resgate dos dados mediante um pagamento.”

Ainda conforme SAISSE (2016, on-line):

O ransomware é propagado das mais variadas formas, seja por intermédio de acesso aos sites suspeitos que liberam o código malicioso apenas com a visita do usuário ou por arquivos disfarçados (músicas, imagens, etc.), normalmente divulgados em redes sociais ou enviados por e-mail aparentando algo comum, de interesse público, cobranças, causas sociais, etc. Ainda podem ser liberados via instalação de aplicativos vulneráveis em dispositivos móveis ou computadores.

No Brasil, tal prática geralmente é proliferada de acordo com elencado logo a baixo, levando-se em conta, que são as modalidades mais vistas no cotidiano, tornando-se praticamente comum sua aplicação no cotidiano do brasileiro:

Phishing: Geralmente, ocorre através de mensagens enviadas aos usuários por SMS, whatsapp ou e-mail. Nelas, há links que redirecionam o internauta para uma página falsa, criada para colher informações pessoais. Para isso, o criminoso informa, por exemplo, que a vítima ganhou algum prêmio. É comum, também, solicitar que a pessoa atualize seus dados cadastrais. Mobile Malware: Tem o intuito de instalar vírus em dispositivos e roubar informações, senhas e dados bancários. Cobrança fraudulenta: Está relacionado ao pagamento de compras online. Assim, dados de um cartão de crédito podem ser roubados por meio de dispositivos infectados por softwares maliciosos. Da mesma forma, criminosos podem trocar o código de barras de um boleto, fazendo com que o pagamento seja destinado a uma conta diferente. Roubo de identidade e de senha: Da posse desses dados, criminosos podem realizar compras ou transações financeiras indevidas. Falsa identidade: É quando alguém mente sobre sua real identidade na internet, na intenção de obter vantagem. (FREDERIGHI, 2021, on-line)

A extrema vulnerabilidade dos sistemas de computadores atuais no que tange a esta escória virtual exige um esforço global por causa de sua variabilidade, prolificidade, não rastreabilidade e capacidade de manter qualquer refém por medo de perder dados. Assim, empresas de todo o mundo especializadas em segurança cibernética, bem como forças policiais e de inteligência, estão cooperando constantemente diante desse inimigo comum e destrutivo.

3.EXTORSÃO DIGITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao analisar conceito e os meios de prática mais comuns, se faz necessário trazer texto de lei sobre o que versa o modus operandi, no crime de extorsão, trazendo a tona que neste crime para incorre-lo, o criminoso tem que:

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

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

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente. (BRASIL, 1940)

No Brasil, além da legislação em um sentido mais amplo, existem três leis bastante conhecidas que abordam especificamente sobre alguns tipos de práticas delituosas contra os usuários na internet. A Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, alcunhada Carolina Dieckmann, adicionou o dispositivo 154-A ao Código Penal, auferir a invasão de dispositivo informático como:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou

informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a 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:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (BRASIL, 2012)

Obviamente, além de definir o próprio comportamento e punição, o artigo acima também ampliou o escopo do conceito para a intrusão, não só de computadores, mas

também de qualquer equipamento de informática, esperando fatores superiores e qualificados.

Em 2014, foi promulgado o Marco Civil da Internet. Este dispositivo estabelece os princípios, garantias, direitos e obrigações do uso da Internet no Brasil. Esta orientação se aplica a usuários e entidades que fornecem serviços virtuais. Dispõe in verbis no seu artigo 7º:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (BRASIL, 2014)

Mais recentemente, a lei recebeu atenção renovada na mídia. As mudanças propostas para a lei envolvem primeiramente o uso e moderação das redes sociais, estabelecendo limites para a remoção de conteúdo. Temporariamente, os membros do Congresso precisam de aprovação do Congresso para se tornarem lei.

Por fim, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor em setembro de 2020. Desde então, empresas e órgãos públicos são obrigados a informar os internautas sobre o tratamento dos dados pessoais que coletam. Como dispõe seu art. 1º, Lei nº 13.709/2018:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ainda que tenha proteção na legislação vigente, existem formas que o próprio indivíduo-usuário poder se valer para se prevenir de tais ataques, conforme dispõe SAÍSSE (2016, on-line):

1. **Back-up:** É a cópia dos arquivos importantes. Esta cópia é comum para profissionais de informática, seja para recuperação de dados em caso de falhas sistêmicas/humanas ou para recuperação de dados degradados por intermédio de ataques cibernéticos. É recomendável que esse back-up seja periódico e em dispositivo divergente do computador ou mobile utilizado normalmente. Assim, em caso de infecção por ransomware, caso não seja possível reverter o sequestro, o dispositivo poderá ser formatado e todos os dados recuperados.
2. **Antivírus:** São softwares de monitoramento e combate à programas maliciosos. É indispensável manter programas de proteção ao computador/mobile contra essas pragas digitais. De preferência utilizar uma solução robusta de classe Internet Security.
3. **Atualização Contínua:** É extremamente importante que seu sistema operacional e seus componentes estejam atualizado. Softwares padrões como navegadores ou mesmo ferramentas do office podem conter falhas em sua programação o que abre vulnerabilidades para ataques diversos. Essas atualizações do sistema visam corrigir essas falhas à medida que estas são descobertas.
4. **Desconfie Sempre:** Um dos métodos mais eficazes utilizado por criminosos cibernéticos é a Engenharia Social. Esse método consiste em persuadir a vítima estimulando confiança para obtenção de informações privilegiadas ou mesmo viabilizar que o alvo baixe um arquivo enviado ou acesse um link malicioso. Desconfie sempre de e-mails de cobrança, bancos, distribuidoras de energia, operadoras telefônicas, tudo. Procure sempre realizar contato telefônico via número oficial para sanar dúvidas ou se dirija pessoalmente à entidade que supostamente originou o e-mail.
5. **Exibir Extensões de Arquivos:** Extensão é basicamente um sufixo do arquivo que define seu formato, ou seja, um arquivo texto terá uma extensão "txt", um documento do Word terá extensão "doc" ou "docx", do Excel "xls" ou "xlsx". Assim você enxergará todas as extensões dos arquivos em seu computador e caso você encontre algum arquivo de foto (jpg, png, gif) por exemplo com "mais de uma extensão" em seu nome, exemplo foto.jpg.exe, cuidado! Disfarçar arquivos maliciosos de

supostas fotos, vídeos, músicas ou documentos é um golpe comum no ciberespaço.

6. Off-line: Caso perceba algum processo/arquivo suspeito desligue o dispositivo e a internet para evitar propagação da praga virtual. Em seguida procure informações sobre o nome do processo/arquivo suspeito identificado e possíveis métodos de remoção do mesmo. Vale ressaltar que muitas dessas pragas já são localizadas por antivírus. Respeite os alertas e o mantenha sempre atualizado.

Por fim o que se pode ressaltar é que apesar de existe leis que protegem a integridade dos cidadãos brasileiros ainda assim se faz necessário que os mesmos tenham cuidado e se previnam de tais ataques que podem ser moldados conforme as modificações da internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o que pode-se observar, é que vem crescendo cada vez mais os casos de extorsão no ambiente virtual. Visto que, através da fragilidade do conhecimento das pessoas faz com que caiam em golpes, em muitos casos, além do dinheiro, os criminosos expõem a vida íntima do indivíduo, podendo trazer consequências devastadoras.

Assim, se faz necessário que o Brasil melhore cada vez mais a sua legislação sobre o que versa os crimes virtuais principalmente a extorsão para evitar que mais pessoas sejam prejudicadas de forma tão evasiva, trazendo muitas vezes danos irreparáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIMATHEA, Bruna. Classes D e E têm 64% das casas com acesso à internet no Brasil, diz estudo. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/08/19/classes-d-e-e-tem-64-das-casas-com-internet.htm#:~:text=O%20brasileiro%20ficou%20mais%20conectado,foi%20de%20mais%20de%2010%25> Acesso em: 23 de março de 2022

BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 05 de maio de 2022

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm.

Acesso em: 05 de maio de 2022

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2021

FREDERIGHI, Daniel. Crimes virtuais: como se proteger e denunciar? 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/93032/crimes-virtuais-como-se-protger-e-denunciar>. Acesso em: 23 de março de 2022

MEIO E MENSAGEM. Os desafios de conexão e do acesso à internet no Brasil. 2022. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2022/03/23/os-desafios-de-conexao-e-do-acesso-a-internet-no-brasil.html>. Acesso em: 4 de maio de 2022.

VIEIRA, Edinilson Santos. Principais Crimes Virtuais. 2021. Disponível em: <https://edinilson santosvieira.jusbrasil.com.br/artigos/1126389933/principais-crimes-virtuais>. Acesso: 10 de junho de 2021.

ROZA, Fabrício. Crimes de informática. 3 ed. Campinas: Saraiva, 2008.

SAISSE, Renan Cabral. Ransomware: sequestro de dados e extorsão digital. 2016. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/download/44/42>. Acesso em: 15 de abril de 2022

CRIME DE ESTUPRO: A RELEVÂNCIA DA PROVA TÉCNICA NA SUA APURAÇÃO

MISMA JYLLY RAIMUNDO SOUSA:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil – Campus
Fernandópolis-SP

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de elucidar sobre o crime de estupro, apresentando detalhadamente suas modalidades. Inicialmente tem-se uma análise de todo seu contexto histórico no Brasil, suas variantes, *modus operandi* (termo utilizado no Direito Penal, o qual se refere a forma como o crime é praticado pelo agente, ou seja, o meio pelo qual ele determina seus atos para realizar a prática do crime e, conseqüentemente, a sua consumação). Nesse viés, é exemplificado as mudanças legislativas ao decorrer dos anos, visando possibilitar aos operadores do direito e a sociedade como um todo uma reflexão sobre as particularidades do delito previsto no Código Penal, art.213, na atual legislação. Por fim, de maneira cautelosa o artigo trata sobre a perícia criminal nos crimes sexuais, em especial no crime de estupro a fim de demonstrar como a prova técnica é de suma importância na resolução do crime em comento e como é o fato típico pela análise da jurisprudencial.

Palavras-chave: Estupro. Modalidades. Variantes. Prova técnica. Resolução.

ABSTRACT: This article aims to clarify the crime of rape, presenting its modalities in detail. Initially, there is an analysis of its entire historical context in Brazil, its variants, *modus operandi* (term used in Criminal Law, which refers to how the crime is practiced by the agent, that is, the means by which he determines his acts to carry out the commission of the crime and, consequently, its consummation). In this bias, legislative changes over the years are exemplified, aiming to enable law operators and society as a whole to reflect on the particularities of the offense provided for in the Penal Code, art.213, in the current legislation. Finally, the article cautiously deals with criminal expertise in sexual crimes, especially in the crime of rape, in order to demonstrate how technical evidence is of paramount importance in solving the crime in question and how it is typical for the analysis of jurisprudence.

Keywords: Rape. Modalities. Variants. Technical proof. Resolution.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre expor que, o atual ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre diversos crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual. O presente artigo expusera especialmente sobre o crime de estupro. Nesse sentido Cleber Masson, em seu Código Penal Comentado, define: O estupro constitui-se um crime complexo em sentido amplo. Nada mais é do que o constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

No Brasil, o termo estupro era limitado a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Já outros atos libidinosos estavam previstos em outro artigo, em que protegia também o homem. O legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, seguiu a sistemática de outros países (México, Argentina e Portugal), desta forma, reuniu os dois crimes em um só tipo penal, gerando, uma nova acepção ao vocábulo estupro, hoje significando também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

A nova legislação se preocupou, principalmente, com o respeito à dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, pois não há dúvidas sobre a intensidade da violação que as vítimas dessa espécie de infração sofrem, observando-se a tentativa de combate às diversas espécies de violência sexual, não reguladas de forma eficaz pela legislação anterior.

Cumpre ressaltar que atualmente o crime de estupro encontra-se descrito no art.

213 do Código Penal, o qual dispõe:

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.

Ademais, partindo do pressuposto de que, como preceitua Soares (2015) "todas as pessoas, homem ou mulher, possuem liberdade sexual, sendo esta a possibilidade de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual", faz-se necessário proteger e tutelar a dignidade sexual do ser humano, para que assim essa liberdade possa ser exercida. O bem jurídico tutelado no delito de estupro, portanto, é a Dignidade e liberdade sexual do homem e da mulher, visto que a pessoa tem pleno direito à inviolabilidade carnal.

Existem quatro elementos que integram o delito, os quais são: 1. Constrangimento decorrente da violência física (*vis corporalis*) ou da grave ameaça (*vis compulsiva*); 2. Dirigido a qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino;

3. Para ter conjunção carnal; 4. Ou, ainda, para fazer com que a vítima pratique ou permita que com ela se pratique qualquer ato libidinoso.

De acordo com a Lei nº 8.072/90 o crime estupro, consumado ou tentado, em qualquer de suas figuras simples ou qualificadas é considerado hediondo, ou seja, é inafiançável e insuscetível de graça, anistia ou indulto (artigo 5º, inciso XLIII da CF).

O objetivo da justiça criminal brasileira é desvelar a veracidade dos fatos delituosos, com o propósito de coletar o maior número de provas aceitáveis no âmbito processual, dentre as provas existentes as provas técnicas são as mais decisivas no julgamento do processo, mesmo não tendo uma ordem entre as provas, desta forma, o presente artigo expusera sua relevância.

1. SUJEITOS DO CRIME

Antes da Lei 12.015/2009, ensinava a doutrina que o crime de estupro era bipróprio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Com a nova reforma, conclui-se que o delito é bicomum, razão pela qual qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal (qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, bem como pode ser também sujeito passivo).

O bem jurídico protegido é a dignidade sexual do ofendido, é o sobre o poder de dispor do seu próprio corpo, a tutela do critério de eleição sexual de que goza na sociedade. É direito seu que não desaparece mesmo quando dá a vida licenciosa, pois nesse caso, ainda que comercialize seu corpo, é preservado sua faculdade de aceitar ou recusar o parceiro que o solicita.

Se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela, a pena será majorada de metade (art.226, II). Já se entendeu não criminosa a conjunção carnal violenta praticada pelo homem em face da sua mulher. Compreendia-se, que presente a discriminante do exercício regular de um direito (art.23, III, do Código Penal). Entretanto, é ultrapassada. A Lei 11.106/2005, fortalece a perspectiva de crime sexual entre cônjuges, prevendo nessas hipóteses, uma causa de aumento de pena (art. 226, II, do Código Penal), bem como a Lei 11.340/2006, etiquetando esse comportamento como violência doméstica e familiar contra a mulher (art.7º, III).

No tocante a vítima menor de 18 e maior de 14 anos o crime será qualificado (§ 1º). Se menor de 14 anos, o delito será o do art. 217-A (estupro de vulnerável), abolindo-se a presunção de violência trazida pelo art. 224 do Código Penal.

1.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A)

Encontra-se disposto no art. 217-A do Código de Penal que:

“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.”

O estupro de vulnerável é tido como o crime mais grave, provando ser mais deplorável a conduta de quem o pratica, à medida que a vítima possui maior vulnerabilidade e o impacto expressivamente danoso gerado a pessoa de pouca idade, portadora de enfermidade ou deficiência mental ou sem possibilidade de resistir ao ato sexual.

O crime em comento pode ser; (a) simples - próprio (caput) ou por equiparação (§1º); (b) qualificado pela lesão corporal de natureza grave (§ 3º); e (c) qualificado pela morte (§ 4º). Nas três hipóteses constitui-se em crime hediondo (art. 1º, VI, da Lei 8.072/1990), insuscetível de anistia, graça, indulto e fiança (Lei 8.072/1990, art.2º, I e II).

O exímio professor Cleber Masson destaca que:

No estupro de vulnerável, o tipo penal não reclama a violência ou grave ameaça como meios de execução do delito. Basta a realização de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com a vítima, inclusive com a sua anuência. De fato, a vulnerabilidade do ofendido implica a invalidade do seu consentimento, com sua desconsideração pela lei e pelos operadores do Direito. Na prática, o sujeito pode se valer de violência ou grave ameaça para ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, hipótese em que subsiste o estupro de vulnerável, justamente em razão da fragilidade

davítima. E também devem ser a ele atribuídos, em concurso material, os crimes de lesão corporal leve (CP; art. 129, caput) ou de ameaça (CP, art. 147), resultantes da violência ou da grave ameaça, pois não funcionam com meios de execução do estupro de vulnerável. Se a vítima suportar lesão corporal denatureza grave (ou gravíssima) ou falecer, incidirão as figuras qualificadas descritas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A do CP.

Nesse sentido:

Contemplação lasciva - estupro de vulnerável: "A conduta de contemplarlascivamente, 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 encontra-se 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: RHC 70.976/MS, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 02.08.2016, noticiado no Informativo 587).

1.2 ESTUPROS COLETIVO E CORRETIVO (ART. 226, IV, LETRAS "A e B")

O Código Penal em seu artigo 226, IV, letras "a" e "b" dispõe:

Art. 226. A pena é aumentada: IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) Estupro coletivo (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes; (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) Estupro corretivo (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Compreende-se como estupro coletivo a prática de conjunção ou qualquer outro ato libidinoso sem o consentimento da vítima em concurso de agentes, ou seja, dois ou mais autores praticam o crime, portanto, trata-se de um crime praticado por mais de uma pessoa.

O estupro corretivo é a tentativa de "controlar o comportamento social ou sexual da vítima." Ou seja, é quando o crime é cometido na investida de "corrigir" uma característica da vítima, como sua orientação sexual ou identidade de gênero.

2.CONDUTA

O ato de libidinagem é punido quando: violento, coagido, forçado, buscando o agente constranger a vítima à conjunção carnal (conjunção normal entre sexos opostos) ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Nota-se, sobre a interpretação do tipo penal que o delito abrange não só o fato de o autor constranger sua vítima a prática de ato libidinoso (com efetiva participação do ofendido), como também a situação em aquela permita que com ela seja praticado tal ato (existe uma atitude passiva do ofendido).

O STJ decidiu ter se caracterizado o crime de estupro qualificado na situação em que o agente, pretendendo se envolver lascivamente com uma adolescente de quinze anos, levou-a ao chão e, imobilizando-a com joelho, "roubou-lhe" um beijo (REsp 1.611.910/MT, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 27/10/2016).

O meio de execução é a violência ou grave ameaça. A violência deve ser material, o emprego de força física suficientemente capaz de impedir a vítima a reagir. Já a grave ameaça ocorre por meio de violência moral, direta, justa ou injusta, situação em que a vítima não vê alternativa a não ser ceder ao ato sexual. Para que ocorra a configuração do crime deve ter séria resistência, efetiva e sincera da vítima (a simples relutância não basta). A doutrina clássica ensina que a gravidade (ou não) da ameaça deve ser extraída tendo em vista não a pessoa ameaçada, mas a generalidade, a normalidade dos homens, pois os valentes ou intrépidos e os fracos ou covardes são extremos, entre os quais se coloca o homem comum ou normal.

De acordo com a maioria da doutrina, não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia, ordena que a vítima, explore seu próprio corpo, somente para contemplação (tampouco há que se imaginar a vítima desnuda para a caracterização do crime - RT429/380).

3.VOLUNTARIEDADE

É o dolo, consistente na vontade consciente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Antes da reforma a doutrina discutia a necessidade(ou não) de finalidade específica animando o agente.

Mirabete entende imprescindível sua presença, e, comentando o artigo antes da reforma, argumentava:

A vontade de constranger, obrigar, forçar a mulher é o dolo do delito de estupro. Exige-se, porém, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico), que é o intuito de manter conjunção carnal.

Já Fernando Capez, com a maioria, ensina que nenhuma finalidade específica é necessária para que se configure o crime de estupro:

“Entendemos que não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais completas. O que pode causar certa dúvida é o fato de que tal crime exige a finalidade de satisfação de lascívia para a sua caracterização. Ocorre que se trata de um delito de tendência, em que tal intenção se encontra ínsita no dolo, ou seja, na vontade de praticar a conjunção carnal. Deste modo, o agente que constrange mulher mediante o emprego de violência ou grave ameaça à prática de cópula vagínica não age com nenhuma finalidade específica, apenas atua com a consciência e vontade de realizar a ação típica e com isso satisfazer sua libido (o até então chamado dolo genérico).”

4. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito consuma-se com a prática do ato de libidinagem (gênero que abrange conjunção carnal e vasta enumeração de atos libidinosos ofensivos à dignidade sexual da vítima) sendo perfeitamente possível a tentativa quando, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O STJ vem decidindo no sentido de que o autor de estupro e atentado violento ao pudor, praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, tem direito à aplicação retroativa da Lei 12.015/2009, de modo a ser reconhecida a ocorrência de crime único, devendo a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ser valorada na aplicação da pena-base referente ao crime de estupro. E o tribunal também tem decidido que, após a edição da Lei 12.015/09, admite-se a continuidade delitiva entre as duas condutas hoje tipificadas no art. 213 do Código Penal, mesmo que cometidas sob a vigência da lei anterior:

“Com o advento da Lei n.12.015/09, o crime de atentado violento ao pudor foi unificado ao delito de estupro, permitindo a aplicação da continuidade delitiva em favor dos condenados ainda na vigência da lei anterior, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 71 do CP”.

Cleber Masson, por sua vez, ao tratar do assunto, alerta para um equívoco técnico cometido pela doutrina e pela jurisprudência na discussão das características do artigo 213 do Código Penal. Com efeito, na análise do tipo penal com a nova redação determinada pela Lei 12.015/09, o consenso se estabelece no fato de se tratar de tipo misto. Conforme destaca o autor, no entanto:

“No art.213, caput, do Código Penal há somente um núcleo: “constranger”. Este verbo se relaciona aos atos de “ter conjunção carnal” e “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Se existe um único núcleo, o tipo penal é simples, e não misto. Destarte, parece-nos apropriado evitar, no plano terminológico, a dicotomia “tipos mistos alternativos” e “tipos mistos cumulativos”. A discussão, com idênticos fundamentos jurídicos, deve ser centrada no dualismo “crime de condutas alternativas” e “crime de condutas cumulativas.”

5 CLARIFICANDO O ENTENDIMENTO QUANTO A PERÍCIA CRIMINAL

O termo perícia de forma etimológica expressa: habilidade, capacidade, minuciosidade, características estas, que fizeram que com o passar do tempo, ocorresse à diferenciação entre a ação ou investigação desempenhada por um indivíduo que utilizará da sua ciência e do seu saber para averiguar determinada ocorrência, ou em outras palavras, algum acontecimento, tal ciência, contudo, necessita ser altamente especializada (MACHADO, 2014).

A perícia, na lição de Marques (1961, p.300), é a prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre as normas técnicas e sobre fatos que dependam de reconhecimento especial. A prova pericial é prova técnica na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza somente seria possível através de conhecimentos específicos.

Quando ocorre algum crime, é fundamental que uma investigação criminal seja instaurada, desta forma a ocorre a apuração da autoria e conseqüentemente a condenação, dessa maneira, o juiz procura, através das provas obtidas, tanto no cenário

do processo, quanto em sede de Inquérito Policial a verdade real com relação ao que aconteceu no momento do crime.

O ilustre professor Nestor Távora (2013) destaca que:

“O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. As partes também são destinatárias das provas, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão”.

Nesse cenário e tomando como base Tourinho Filho (2013, p.133) o mesmo ensina:

Provar é, antes de mais nada, elucidar a existência da verdade; e as provações os meios pelos quais se busca estabelecê-la. Provar é, enfim, evidenciar a certeza do que se diz ou alega. Compreende-se, do mesmo modo, por prova, de ordinário, os elementos produzidos através das partes ou pelo próprio Juiz procurando estabelecer, dentro do processo, a existência de determinados acontecimentos.

De acordo com Oliveira (2013), o desempenho realizado de maneira errônea do exame pericial e de seus órgãos se trata de um fator relevante para a elevação dos índices tanto da criminalidade como de mesma maneira, da impunidade. Ainda de acordo com o autor o mesmo defende que o trabalho da perícia criminal se demonstra como sendo fundamental para a decisão judicial se basear em critérios objetivos, ao mesmo tempo em que científicos, e, a sua livre atuação é relevante para a defesa dos direitos e as seguranças basilares das quais os indivíduos precisam.

Com base nas regras particulares encontradas na legislação de cada país, a criminalística traz consigo metodologias e regimentos próprios. No Brasil existem: os Códigos de Processo Penal (CPP) e o Processo Penal Militar que consistem nos dispositivos legais fundamentais que embasam o trabalho pericial, assegurando assim, as normas para a aplicação e validade da perícia.

5.1 PROVAS NA PERÍCIA CRIMINAL

O Dicionário Michaelis (2009) define que prova é: “[...] tudo aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração. Aquilo que mostra ou confirma a verdade de um fato”. Desta maneira, faz-se necessário referenciar que a prova é a verdade por meio de algo material ou não, com acontecimentos abscônditos. Ademais,

nota-se que a prova é uma afirmativa ou fato, verdadeiro ou não, que corrobora ou comprova o fato acontecido.

Por conseguinte, em âmbito com a lição de Greco Filho (2013, p. 185), define a como todo elemento que pode levar ao meio criminal, ao conhecimento das pessoas. O autor explica que no processo, a prova se trata de todo o meio que é destinado a convencer o juiz com relação à verdade de uma situação de fato.

Em harmonia com as exemplificações da palavra prova, Madeira Dezem (2015, p. 79), diz que o assunto em comento determina como sendo primacial para a ciência processual. Haja vista que, em meio a outras razões, as decorrências da atividade probatória incidem de uma forma inapreciável na vida da sociedade como um todo, assim torna-se primordial para uma prestação precisa.

Constata-se, dessa forma, a valia da tônica pelos doutrinadores e o esmero de todos em ater-se à justiça. Para o mundo jurídico, a prova vem auferindo grande notoriedade, tendo assim, verdadeira compreensão de que no processo penal tornou-se a ser empregada para a constituição do direito e verificação da autoria do crime ou, em determinados casos, da própria inocência do acusado (OLIVEIRA, 2013).

Outrossim, a análise da prova através do juiz e, conseqüentemente, da formação da acusação e da defesa, fundamentadas nos princípios da ampla defesa e do contraditório, asseguram a imparcialidade do magistrado ponderando os dois lados para a preparação do julgamento.

Destarte, a prova granjeia dilatada superioridade por adjutorar o juiz na fundamentação de sua concepção, bem como, no suporte da mesma, não se atendo somente naquilo que foi alcançado por meio da investigação, baseando-se no texto que se encontra disponível no disposto no art. 155 de nosso 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.

Nessa conjuntura, faz-se pertinente remeter-se aos meios de provas e atar-se a quaisquer ponderações como é o caso de Gomes Filho (2016, p. 305), que conceitua meios de prova como [...] instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz. Greco Filho (2013, p. 188), considera que os meios de provas se regem de ferramentas pessoais ou materiais

que são eficazes ao mimosear ao processo aconvicção da existência ou inexistência de um fato, de um acontecimento.

Remediando-se, deste entendimento, imperioso não assinalar que os meios de provas exprimem com eles o condão de serem materiais ou pessoais.

Referenciando-se ao nosso código de processo penal, o qual padroniza as seguintes naturezas de prova: o exame de corpo de delito, às testemunhas, a acareação, o interrogatório do acusado, as perguntas ao ofendido, a confissão, o reconhecimento de pessoas ou ainda de coisas, os documentos, os indícios e de mesma maneira, a busca e apreensão.

5.2 EXAME DE CONJUNÇÃO CARNAL

Segundo Raquel Rotta Burkiewicz, o exame de conjunção carnal visa a constatação da prática de conjunção carnal ou tentativa, em que os peritos devem exceler pela cautela excessiva com o pudor da paciente, devendo sempre pedir sua autorização para proceder o exame e antes explicá-lo com detalhes de técnica e sua finalidade.

Define que a perícia tem o escopo de indicar através da tração e distensão das formações labiais a existência de roturas no hímen (nas mulheres virgens) e vestígios de prática sexual (fissuras, lacerações, hematomas e outras lesões na região vulvar, vestibular, fúrcula, etc.), nas mulheres não virgens ou portadoras de hímen complacente será feita a pesquisa de espermatozóides na cavidade vaginal e a pesquisa de outros vestígios tais como pêlos pubianos, líquido espermático etc.

Indica-se também o recurso da colposcopia como exame complementar que pode fornecer e confirmar dados obtidos no exame tradicional (inspeção).

Afirma que é proibitivo a manobra propedêutica do toque vaginal, pois nada esclarece nessa avaliação de prática de conjunção carnal. No exame procura-se avaliar se houve prática de coito anal (prática mais comum nesses exames) onde os peritos procurarão vestígios como fissuras na mucosa anal, hematoma edemas, feridas, etc. É também proibitivo o toque retal, pois não tem finalidade para esclarecimento pericial e sim para identificar moléstias ano-retais.

Outrossim, temos o ato libidinoso chamado de cópula oral, onde se pesquisará espermatozóides na cavidade oral, pêlos pubianos e outros vestígios. Bem como na prática libidinoso masturbatórias, as quais vestígios em geral são pouco encontrados, a exemplos, lesões nas genitálias, vestígios de sêmen, etc.

Na etapa seguinte são solicitados os exames laboratoriais, alguns já citados anteriormente, devendo ser explicados previamente a sua finalidade e a maneira como serão colhidos, após a autorização da vítima, eles serão realizados. Os principais exames

são: pesquisa de espermatozóides, líquido seminal, teste de gravidez, exames toxicológicos, exames de sangue para tipagem, pesquisa de saliva, etc.

Conjuntamente, no laudo pericial temos as etapas da discussão, conclusão da perícia e respostas aos quesitos; findo o exame, os peritos deverão explicar à vítima e/ou aos familiares suas conclusões, o tempo médio que necessitam aguardar os resultados dos exames.

Ademais, deverão os peritos explicar e encaminhar, quando necessário, a vítima para exames médicos, precipuamente as investigações de doenças sexualmente transmissíveis e orientação ou prescrição se necessário, da anticoncepção de emergência, bem como orientação para encaminhamento à serviços de psicologia e assistência social.

Com a obtenção da totalidade dos resultados e exames os peritos elaborarão o laudo, que após sua impressão estará em condições de ser assinado pelos dois peritos, sendo então encaminhado à autoridade que o requisitou e posteriormente ficando à disposição da vítima ou ser representante legal.

5.3 GENÉTICA FORENSE

Desde 2012 o Brasil está entre as nações que possuem um Banco nacional de Perfis Genéticos. O crescimento deste banco tem permitido à perícia fornecer informações importantíssimas às diversas investigações policiais, identificar criminosos e, evidentemente, auxiliar a Justiça.

O processo de identificação de crimes utilizando técnicas da Genética Forense é realizado da seguinte forma: 1. Durante o exame no local do crime, os peritos colhemos materiais biológicos disponíveis na cena do crime, do suspeito e da vítima; 2. Os vestígios biológicos coletados, são encaminhados para um laboratório forense, onde o Perfil de DNA é identificado; 3. Os Perfis Genéticos assim levantados são, então, inseridos nos Bancos de dados de Perfis Genéticos; 4. As identificações realizadas por meio da coincidência de Perfis Genéticos são consignadas pelo Peritos Criminais, sob forma de um Laudo Pericial.

No de estupro os peritos devem encontrar no corpo da vítima o DNA do agressor para provar quem foi o responsável por aquele crime.

6.A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS PERICIAIS

Anteriormente, como já fora mencionado a perícia traduz-se em um meio de prova que traz maior lucidez dos fatos ao julgador, mediante a eficiência de exames executados nas evidências encontradas na cena do crime (GOMES FILHO, 2016).

Moraes Manzano (2011, p. 28), sustenta que o termo corpo de delito surgiu no direito medieval a partir do progresso da doutrina do *constare de delicto*. Prosperou-se, desse modo para a compreensão de “corpo de delito” de maneira a distinguir delitos que deixam marcas aparentes dos que não deixam, e passou ainda a ser empregado para vestígios localizados no lugar no qual ocorreu o delito.

No Código de Processo Penal, tornou imprescindível o exame de corpo de delito nos casos em que as infrações cerceiam estipulados indícios. Requisito esse que retarda ou aligeira a exequibilidade de emprego de preceitos de tortura para alcance de confissão do delito pelo acusado, bem como de acusações que não possuem fundamentos e provas.

Para Tucci (2004, p. 204) o exame de corpo de delito nada mais é que o “meio de prova, prova pericial, destinada à apuração dos elementos físicos, materiais, da prática criminosa, mediante a sua constatação direta e documentação imediata”.

Para isso, analisando a idoneidade da prova, o exame de corpo de delito é desempenhado por meio de perito oficial, portador de diploma de curso superior, ressaltando-se aqui a relevância acerca da preparação e conhecimento deste mesmo profissional em seu campo de atuação, assim como de mesma forma na análise do vestígio localizado para transparecer ao juiz expertise no arremate do laudo (TEIXEIRA, 2015).

Constata-se, por conseguinte, a perícia apresenta requisito fidedigno do que se aconteceu no lugar do delito, bem como a importância e proeminência da prova pericial para o processo penal compreendendo que a mesma se fundamenta de cunhotécnico e, em vários momentos, possibilita a reconstituição ou até mesmo a demonstração real dos fatos ocorridos naquele lugar (VALENTE, 2015).

Apercebemos, dessa forma, que perante tudo que o exame de corpo de delito (prova pericial) incide na avaliação científica daqueles vestígios que foram deixados no lugar no qual ocorreu o crime, ou até mesmo, em determinados casos, na própria vítima, um exemplo disto é o caso de estupro (WEDY, 2016).

A vista disso, exímio que o legislador brasileiro sopesasse de modo que é de profusa ponderação o fazimento da perícia, considerando-se que o processo criminal pode ser julgado nulo com a carestia desse exame.

7.CADASTRO NACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS POR CRIME DE ESTUPRO, LEI Nº 14.069/20

Foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 14.069 de 1º de outubro de 2020, destinada a criar o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro. De acordo com a previsão da legislação, o intuito é o desenvolvimento desse cadastro nacional, o qual deverá conter uma série de informações, previstas na própria lei, sobre as

pessoas condenadas por essa espécie de delito. Entre essas informações, a Lei determina a presença das características físicas, dos dados de identificação datiloscópica, da identificação do perfil genérico, das fotos e do local de moradia e atividade laboral desenvolvida, nos últimos três anos, em caso de concessão de livramento condicional.

A Lei, contudo, não fala sobre quais seriam os objetivos do governo federal com a criação desse Cadastro Nacional, nem as pessoas de direito público ou privado que teriam acesso a essas informações. O artigo 2º apenas menciona que deverá ser redigido um instrumento de cooperação entre a União e os demais entes federativos para que, assim, possa ser definido o acesso a essas informações e a responsabilidade pela atualização e validação das informações que forem inseridos nessa base de dados.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, constata-se que o crime de estupro, infelizmente, é uma prática presente na sociedade, na maioria das vezes ocorre de forma silenciosa e é ocultado muitas vezes por conta da vergonha das vítimas. Na maioria dos casos os agentes são pessoas conhecidas das vítimas.

Desta maneira, o presente artigo cumpriu com o propósito de clarificar de maneira simples, o quanto é de suma importância a prova técnica para a resolução desse delito, que tem uma natureza tão asquerosa. Haja vista, que ao acometimento dos estupros as vítimas se encontram debilitadas, seja emocionalmente ou fisicamente.

Ao discorrer do estudo é notório que a maior parte dos doutrinadores jurídicos e especialistas forenses, é fundamental a comprovação da materialização do delito que origine algum dano físico a sua vítima penal. De tal modo, por meio da prova, objetiva-se constituir a convicção do magistrado com analogia aos elementos fundamentais para localizar a verdade de um acontecimento alegado e controverso, dentro de um processo criminal. Assim sendo, apenas após a concretização da Perícia Legal, torna-se admissível se tipificar o delito, acusar o seu autor, e como prova ao juízo competente auxiliar na sentença estabelecida depois do julgamento do acusado.

Por fim, o estudo em questão traz a lume a título de curiosidade a redação da Lei nº 14.069/2020, em que a condenação por estupro provoca a inserção do condenado no Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro.

REFERÊNCIAS

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal** – Direito Penal – Parte Especial – Volume 3. São Paulo: Método, 2ª ed., 2012, p. 11.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado** – Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2012, p. 525.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **O Olhar da Justiça nos casos de Violência Sexual praticada contra Criança.** 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/sipinf/edicoes/I/41.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2020.

BASSO, Samanta Jenifer. **Os crimes de estupro e de estupro de vulnerável na Lei nº. 12.015/2009: Considerações Críticas.** Monografia apresentada à Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí – RS, 2012.

MARQUES, José Frederico, **Elementos de direito processual penal**, Rio de Janeiro, Forense, 1961, pág. 300.

NOJAS, Nerio, **Medicina Legal**, 1936, tomo I, pág. 65.

DOREA, Luiz Eduardo; Vitor Paulo Stumvoll; Vitor Quintela. **Criminalística. Millennium**, 5ª edição, 2012.

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia Criminal e Cível.** 3ª edição, Campinas, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 12. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 272.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial – Volume 3.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado** – Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2012, p. 525.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Especial – Volume 3.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado – Parte Especial.** São Paulo: Saraiva, 16ª ed., 2012, p. 297.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual.** São Paulo: RT, 2009.

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CAPÍTULO I. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 14.069 de 1º de outubro de 2020. **Cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro.**

BRASIL. Lei nº 14.069 de 1º de outubro de 2020. **Cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro.**

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).**

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.618/2016.** Cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro.

BRASIL. Projeto de Lei 5.013/2019. **Parecer da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA,** sobre o Projeto de Lei nº 5.013, de 2019 (PL nº 5.618, 2016, na origem), do Deputado Federal Hildo Rocha, que cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro.

SOUSA, Renata Floriano de. **Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres.** Estudos Feministas, Florianópolis, 25(1): 9-29, jan./abr. 2017.

BURKIEWICZ, Raquele Rotta. **Ética no procedimento médico nos exames de conjunção carnal e ato Libidinoso.** Sistemas CFM, 2022. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PR/1999/1207> >. Acesso em: 01, abril de 2022.

A IMPORTÂNCIA DOS BENEFÍCIOS FISCAIS EM FACE DA PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS DE PROGRAMAS FISCAIS NA ECONOMIA BRASILEIRA.

NICOLE SANTOS LIMA:

Bacharelanda em Direito –
Universidade Federal do
Amazonas.

RESUMO: Incentivos fiscais fazem parte do conjunto de políticas econômicas que visam a facilitar o aporte de capitais em uma determinada área da cobrança de menos impostos ou de sua não cobrança, visando ao aquecimento econômico do respectivo território, principalmente com capitais exógenos. Esse instrumento é muito usado em situações de crise, como observado durante a crise provocada pela pandemia do coronavírus, na qual devido a maleabilidade da concessão de alguns benefícios fiscais, muitos setores foram agraciados com alíquotas irrisórias ou até 0%, face a pandemia essas ações pretendem como consequência amenizar e até reverter os danos causados pelo isolamento social, a crise no sistema de saúde e a queda no crescimento da economia brasileira.

Palavras-chaves: Incentivos fiscais, pandemia, tributário, desenvolvimento econômico.

INTRODUÇÃO

Em 2020, o novo coronavírus foi responsável por provocar uma pandemia com consequências catastróficas para o mundo globalizado. Vários Estados no mundo todo lutaram sob circunstâncias adversas para minimizar o avanço e, conseqüentemente, o dano da SARS-CoV-2, doença causada pelo novo coronavírus de alta contaminação. Após vários sistemas de saúde colapsaram frente a esse inimigo, o mundo de maneira homogênea concentrou esforços para a produção de vacinas que possam erradicar o vírus. No Brasil, o país passa por uma onda de crises sem precedentes, nota-se enorme fragilização nas mais diversas áreas da gestão pública, com ênfase na esfera da saúde, que sofre com insuficiência de leitos e falta de equipamentos hospitalares e EPI's necessários e adequados.

No campo da economia, o país tem um agravamento de suas crises econômicas pelo isolamento social obrigatório promulgado na lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, art. 3º, e suas conseqüências, como demissões em larga escala. O aumento do desemprego gera uma reação em cadeia de imediata queda da receita pública, em razão do adiamento do recolhimento de tributos federais e da redução da tributação sobre o consumo, já que os mercados estavam fechados. Além disso, o país se encontra em uma situação de crescente necessidade no aumento de benefícios sociais.

Devido a essa enorme gama de mazelas na sociedade, o Brasil, como um Estado democrático de direito, deve buscar soluções para assistir a população com direitos básicos e contornar os efeitos nefastos da Pandemia. Para isso, algumas jurisdições precisaram ser revistas para mitigar a crise, a redução de taxas de juros e a introdução de estímulos econômicos, são somente uns exemplos da conduta do governo frente à crise econômica. As respostas do Brasil para enfrentamento da crise têm priorizado a utilização de medidas fiscais, seja por meio de prorrogação do vencimento dos tributos federais, ou por meio da redução temporária de alíquotas de impostos que incidem sobre itens de extrema necessidade na área da saúde.

Em Estados democráticos e sociais de direito, como o Brasil, a tributação é instrumento da sociedade para a consequente execução dos objetivos constitucionais. Assim, a importância da tributação não se justifica somente para fins arrecadatórios, mas também possui a finalidade de regulação de comportamentos sociais, políticos e econômicos, principalmente em tempos de crise. O manejo do tributo de finalidades regulatórias, tem na prática o seu uso feito através da concessão de benefícios fiscais, concedidos estrategicamente a setores específicos para uma finalidade de bem comum, constituindo funções distributiva, indutora e estabilizadora. Para a concretização de um governo democrático social de direito, a legislação federal de 1988 preconiza a concessão de créditos, moratória, incentivos fiscais, entre outros instrumentos explorados no presente artigo.

Em face do momento ímpar e desafiador que a sociedade mundial enfrenta na pandemia do coronavírus, o presente artigo faz uma análise das concessões de incentivos fiscais e suas nuances no combate à pandemia e superação da crise econômica, identificando em quais momentos podem ser empregados para promover o desenvolvimento nacional, bem como os parâmetros de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que permitem o seu controle.

1. ESTADO E ECONOMIA

O Estado é uma entidade criada e composto por instituições político-administrativas com a intenção de organizar e liderar determinado território, sua atuação é necessária e autorreguladora; é responsável por estabelecer uma estreita correlação entre o sistema político e a economia, tornando-se um regulador de normativas econômicas.

Uma de suas funções é a de intervir de maneira sistemática em situações de calamidade pública afim de reverter o quadro. O Estado pode privilegiar determinadas atividades em detrimento de outras, orientando os agentes econômicos no sentido de adotar aquelas opções que se tornarem economicamente mais vantajosas para o bem-estar social de Direito. Também pode se valer da política fiscal para alcançar finalidades específicas, como, por exemplo, a concessão de incentivos fiscais setoriais ou regionais,

utilizando a maior ou a menor incidência de carga tributária como mecanismo redutor de custos e estimulador de atividades econômicas. Entretanto, o incentivo fiscal tende a ser bastante atrativo por gerar posições de vantagem no mercado para os agentes econômicos agraciados. Por isso, para não haver disparidades nos benefícios, a finalidade do uso deve ter amparo na Constituição.

A ação do Estado sobre o domínio econômico não poderá ignorar a Constituição, que no seu artigo 170 prevê que a ordem econômica deve ser alicerçada na valorização do trabalho de livre iniciativa para assegurar a todos a existência pautada por justiça social, como a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inciso VII), a busca do pleno emprego (art. 170, inciso VIII) e a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II).

Em suma, a desoneração fiscal pode ser uma eficiente intervenção indutora do Estado para promoção do desenvolvimento econômico ou frear uma crise. No entanto, o uso desse instrumento deve atentar para as molduras traçadas pela Constituição, uma vez que a eficiência econômica, por si só, não legitima as ações estatais.

Além da função de arrecadação para o erário, os tributos apresentam função redistributiva e regulatória, podendo oportunizar a regulação de mercado e a redução de desigualdades sociais, dito isso, muitos tributos brasileiros têm finalidades direcionadas para promover a intervenção estatal na economia privada e meio social. Através da tributação o Estado intervém indiretamente sobre o domínio econômico para induzir determinados comportamentos, esse instrumento de intervenção estatal é chamado de extrafiscalidade, que se configura pelo “emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política” de acordo com Geraldo Ataliba.¹²⁸

Seguindo esta linha de pensamento, a extrafiscalidade pode ser conceituada como um conjunto de normas que tem por finalidade dominante o alcance de resultados econômicos ou sociais democráticos, por meio da utilização do instrumento fiscal, como o aumento ou queda nas alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa e não através de obtenção de receitas para as despesas. Ou seja, as exações e desonerações tributárias se tornam ferramentas para o incentivo ou coibição de condutas por parte dos destinatários, contribuindo para a realização de finalidades propugnadas pela Constituição Federal justificadas por condutas que promovem a efetivação de objetivos constitucionais com impactos na esfera social sendo esses os objetivos que legitimam a intervenção estatal.

Nota-se que o conceito de extrafiscalidade é de caráter não-arrecadatório, ou seja, sem um padrão da fiscalidade e sim na de assistencialismo. Tributos de cunho fiscal seriam

¹²⁸ Fonte ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 151

instrumentos de arrecadação, enquanto tributos extrafiscais seriam preponderantemente mecanismos de intervenção na ordem econômica e social. Ambos os tributos podem coexistir e até mesmo ser alterado. Por exemplo, tributos de caráter eminentemente arrecadatório, como o Imposto sobre a Renda, podem ser alterados com finalidades extrafiscais.

1.1 Incentivos Fiscais

Incentivos fiscais são medidas que estimulam a realização de determinada conduta através da concessão de benefícios econômicos como instrumento de intervenção no domínio econômico a fim de que se possam concretizar valores norteadores do Estado. No mais, entende-se que os incentivos constituem “medidas fiscais que excluem total ou parcialmente o crédito tributário, aplicadas pelo Governo Central com a finalidade de desenvolver economicamente uma determinada região, ou um determinado setor de atividade” (MOURA)¹²⁹.

O Ministro Ricardo Lewandowski expõe que incentivos ou estímulos fiscais são todas as normas jurídicas ditadas com finalidades extrafiscais de promoção do desenvolvimento econômico e social que excluem total ou parcialmente o crédito tributário¹³⁰.

Entretanto, configura como incentivo fiscal não somente exclusão de crédito tributário, a redução de alíquotas ou mesmo a postergação do prazo de recolhimento de determinada exação também podem funcionar como incentivo fiscal. A alíquota é o percentual aplicado para o cálculo do valor de um tributo, na teoria a técnica da “alíquota zero” é diversa da isenção, ao se estabelecer a alíquota de 0%, ocorre a nulificação do montante devido a título de tributo. Isso não significa que o produto seja isento, mas apenas que sua alíquota foi fixada em valor 0%. A alíquota zero não funciona como tributo devido, já que no fim o valor do tributo é nulo. Na prática, o resultado financeiro é equivalente a uma isenção, porém a distinção do uso entre a alíquota 0% e a isenção assegura a inaplicabilidade das restrições fixadas no art. 150, §6º, da Constituição Federal.

“art. 150 [...] § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativas a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule

129 MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. Incentivos Fiscais Através das Isenções. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). Estudos de Problemas Tributários. São Paulo: José Bushatsky, 1971. p. 135.

130 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 577.348 e Recurso Extraordinário n. 561.485. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 13.08.09, Plenário, Informativo n. 555. Disponível a partir de: Acesso em: 08 set. 2010

exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, g. (Redação da EC 03/93).”

Ou seja, enquanto a concessão da isenção de tributos depende da lei específica, a alteração de alíquotas pode ser realizada de maneira mais flexível através de simples decretos do Poder Executivo, fazendo com que a regulação econômica através de políticas fiscais atue de maneira mais orgânica. Ainda sobre as alíquotas, o art. 14, §3º, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que versa acerca da concessão de benefícios tributários, exclui alterações das alíquotas dos impostos nos impostos sobre a exportação exterior de produtos nacionais, impostos sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de créditos; previsto nos incisos I, II, IV e V do art. 153, que versa acerca da obrigação da União de instituir impostos.

No entanto, não se deve pensar que a concessão de créditos tributários ou o a moratória provoca uma perda de crédito para a União. No caso da moratória, o adiamento do espaço da dívida gera juros e correção monetária assumidos pelo Estado, tal qual a concessão de créditos tributários. É inegável que esses estímulos se assemelham à ideia de incentivo fiscal, já que tanto na redução da alíquota, a produção de crédito e a moratória geram para o beneficiado um saldo menor de despesas a curto prazo.

Pode ser considerado incentivo fiscal qualquer instrumento, de caráter tributário ou financeiro, que conceda particulares vantagens com finalidades constitucionalmente previstas de bem comum. Essa intervenção estatal pode operar a alíquota sobre impostos provocando subtrações ou exclusões de cargas tributárias; adiar prazos de adimplemento dessas obrigações; e até mesmo autorizar transferências diretas destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas.

A legitimidade da concessão de benefícios fiscais deve estar associada com o amparo constitucional, a verificação das finalidades da medida, e a sua pertinência com relação aos valores da União refletidos no texto constitucional de promoção do bem-estar coletivo. Será ilegítimo o benefício com o intuito de privilegiar pessoas ou situações específicas, devido ao princípio constitucional da igualdade e da intervenção do Estado sobre a economia. Para o monitoramento, parâmetros avaliam a compatibilidade da necessidade e o uso, como por exemplo, o uso da norma tributária indutora não pode ser maior que o objetivo do uso previsto na lei orçamentária e no orçamento da União vigente. Tampouco, deve haver uma análise econômica do potencial da eficiência do benefício fiscal afim de gerar uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, como versa o artigo 14 da Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000.

Em suma, o benefício precisa obedecer a regra da proporcionalidade e igualdade na intervenção econômica. A regra da proporcionalidade possui três elementos, a

adequação, a necessidade e a proporcionalidade. Um meio é considerado *adequado* quando for capacitado para uma ação que visa um resultado *necessário*; (I) Por implicar restrições aos direitos humanos (II) caso a realização do objetivo não possa ser promovida por meio de outro ato com melhor efetividade. O conceito de *proporcionalidade* está ligado a um juízo de ponderação acerca do equilíbrio de poderes, onde nenhum poder legislativo, social ou democrático é maior sendo todos de iguais intensidade. É necessário também que haja observância ao princípio da igualdade evocado no art. 5º da Constituição Federal, no qual dispõe que todos são iguais perante a lei que garante a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.¹³¹

Na prática, as normas tributárias indutoras podem ser utilizadas para induzirem comportamentos positivos ou negativos, sendo sempre necessário um rígido grau de arbitrariedade. Todavia, pode ser bem difícil avaliar a conjuntura de um benefício fiscal, por vezes, normas tributárias indutoras são empregadas embasadas majoritariamente em critérios econômicos.¹³²

Em tempo de crise internacional, como o da pandemia do coronavírus, incentivos fiscais são dirigidos a setores específicos, pautados em visões macroeconômicas sobre o comportamento da demanda doméstica e dos investimentos das empresas, e na busca da equidade ou justiça social. Como um exemplo aplicado na pandemia, tem-se os incentivos fiscais para empresas que produziram insumos de biossegurança, esse pautado na alta demanda do mercado erada pela demanda social universal de necessidade universal da sociedade de proteção contra o coronavírus.

2.IMPACTOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA

Em abril de 2020 a economia mundial desabou em virtude da pandemia do novo coronavírus. Rapidamente o pânico se alastrou pelo mundo. Muitos governos tropeçaram na luta contra a Covid-19, o que abalou a confiança na solidez dos Estados perante crises. Diante de um cenário de incertezas e isolamento social o consumo caiu, abalando todos os mercados financeiros, a diminuição do consumo das famílias e dos investimentos das empresas abalou o crescimento do PIB de muitos países. Esse temor ocasiona efeitos prejudiciais na concessão de crédito. O resultado: menos dinheiro disponível, menos gastos, menos produção, menos crescimento e menos emprego.

Com esse cenário temeroso, medidas de estímulo à demanda interna devem ser tomadas. Dentre os instrumentos possíveis, a concessão de incentivos fiscais se mostrou

131 Cf. NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009. p. 648.

132 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. INCENTIVOS FISCAIS EM TEMPOS DE CRISE: IMPACTOS ECONÔMICOS E REFLEXOS FINANCEIROS. **Revista da Pgf**, Sao Paulo. 2010.

muito maleável durante a crise. A sua celeridade se torna uma importante aliada do Poder Executivo para a retomada do crescimento econômico. As normas tributárias indutoras estruturadas judicialmente passam a ter importantes funções em tempos de crise como a do coronavírus, além de estimular o crescimento econômico, por meio da redução do custo de impostos incidentes sobre o consumo, contribuem também para a equalização das distorções provocadas no mercado em virtude da crise de crédito e da retração do consumo.

É importante salientar que mesmo os benefícios concedidos durante a crise devem estar de acordo finalidades constitucionais de promoção do desenvolvimento nacional e não ferir o princípio da igualdade, além disso devem ser destinados em caráter temporário, com objetivos de curto prazo claros e delimitados, aos setores mais prejudicados pela crise e produção de emprego; por último, esses benefícios devem garantir o desenvolvimento econômico nacional de modo harmônico na federação brasileira. Daí porque a correção de assimetrias financeiras negativas, decorrentes do uso de normas tributárias indutoras, se revela indispensável para a preservação da compatibilidade das medidas extrafiscais com as finalidades constitucionais que as lastreiam.

2.1 Brasil frente à crise do Covid-19

A Constituição Federal resguarda a concessão de incentivos fiscais para a garantia de direitos fundamentais, tais como: desenvolvimento, educação, cultura, tecnologia, meio ambiente e saúde. Esta última, se tornou alvo de muitos fomentos do momento da crise de 2020, através da concessão de incentivos fiscais, o país alimentou a economia e combateu o avanço do coronavírus.

Desde que respeitados os princípios constitucionais, exações e desonerações tributárias podem ser colocadas como ferramentas para a concretização de condutas afim de reverter crises. Assim, em 2020, em observância ao princípio do bem-estar social e à pandemia do Covid-19, a receita pública, especialmente neste caso, se viu obrigada a se reinventar em meio a uma crise sem precedentes, embasados pela legislação constituinte do sistema tributário nacional, criou-se inúmeras intervenções do poder executivo afim de realizar o objetivo de bem-estar social e comum frente as mazelas trazidas pela doença SARS-CoV2.

A Constituição Federal dispõe, no §6º do artigo 165 que "o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia". Isto é, o orçamento deve estar acompanhado de demonstrativo dos efeitos de todas as renúncias e subvenções, com a finalidade de desmascarar os incentivos camuflados, tudo isso em respeito ao princípio da transparência ou clareza, que impera sobre a lei orçamentária afim de facilitar o manejo do orçamento, até mesmo em momentos de crise. No entanto, justamente por conta desse rebuscado

sistema de proteção orçamentária, o Brasil em 2020 se viu perdido em seus próprios protocolos, muitas vezes atrasando ações primordiais para frear a crise. Nesse contexto de combate à crise econômica da Covid-19, o Governo brasileiro acaba utilizando em larga escala os incentivos fiscais justamente pela sua maleabilidade jurídica, que em outros cenários podem ser vistos de forma negativa.

Observa-se no momento da crise de 2020 o setor empresarial como um dos protagonistas no acometimento e enfrentamento da crise atual. Muitas empresas tiveram que revisar seus orçamentos, a fim de conter custos, tomando medidas como renegociação de contratos, ajustes das relações empregatícias, gerando grandes consequências como o aumento do desemprego em 2020 e falências.

Visando se adequar à realidade da crise, as normas jurídicas tributárias apresentam instrumentos aptos para as finalidades do Estado, como os incentivos fiscais de controle de mercado. Nesse viés, a função arrecadatória do tributo assume função secundária, posto que a extrafiscalidade produz medidas mais efetivas de indução econômica no contexto da pandemia de 2020. Assim, os incentivos fiscais tais como a desoneração, redução de alíquotas a zero, o incremento e diminuição de custos de produção de certos materiais necessários à utilização do combate à Covid-19, tornaram-se a principal estratégia política-tributária a fim de solavancar a devastada situação econômica do Brasil.

No entanto, não é somente o setor empresarial afetado com essas regalias, a crise afetou os mais diversos setores econômicos da sociedade, fazendo com que a União levantasse dados acerca da consequência do uso de incentivos fiscais nos mais variados setores. Um exemplo é o setor de turismo fortemente afetado pelo isolamento social, sendo a causa da tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 800, de 2020, que visa instituir incentivos fiscais para este setor durante a pandemia.

A postergação do vencimento do pagamento dos tributos federais foi outra estratégia econômica adotada já que contribui na manutenção do fluxo de caixa. Contudo, essas ações de incentivos fiscais, se não adotada de forma estratégica pelas empresas, podem representar um acúmulo de obrigações tributárias na qual a empresa não conseguirá sanar, podendo prejudicar o seu orçamento. Para reverter tal problema, o perdão dos tributos diferidos durante a Pandemia do coronavírus, é uma possibilidade sendo discutida. Ademais, espera-se que as empresas devam investir no desenvolvimento de inovação, a fim de encontrarem alternativas tecnológicas à crise, garantindo-se assim a continuidade do país e a manutenção da competitividade do mercado. Por isso, é necessária a inserção de políticas fiscais como estímulo para o setor de pesquisa, desenvolvimento e inovação, já que demandam atenção diante do cenário de crise.

Uma medida que poderia ser adotada para estímulo do desenvolvimento de inovação como forma de encontrar soluções para sobrevivência no contexto de crise, seria

a eliminação do limitador definido na Lei do Bem (Lei 11.196.05), pois a principal lei de incentivo à Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) exige, para concessão do benefício, que a empresa apresente resultado fiscal positivo. Exigência essa que dificilmente será cumprida por boa parte do setor empresarial diante do cenário econômico atual, ou por ninguém que do incentivo necessite. De acordo com Aldazabal, a eliminação desse condicionante representaria hoje mais uma obrigação do que de fato uma necessidade, visto que esses benefícios são importantes ferramentas de intervenção estatal para impulsionar a manutenção da atividade econômica do Brasil, permitindo contratação, renovação de maquinário e outros fatores indispensáveis para sobrevivência da empresa e o recolhimento de tributos para financiamento do Estado social, principalmente no contexto da crise do coronavírus.

Dito isto, estimular a atividade empresarial, mais precisamente, os setores diretamente abalados pela pandemia, encontra respaldo constitucional, já tendo sido, inclusive, utilizado em crises passadas, fazendo-se como medida urgente para a conservação de empregos, giro econômico social e equilíbrio orçamentário dentro do cenário de crise financeira.¹³³

Para a reversão da crise, o Estado utilizou também do fomento à produção de material hospitalar, equipamentos, medicamentos e insumos necessários para a prevenção da covid-19, que deflagrou uma histórica crise na saúde pública brasileira. Por conta de uma reação em cadeia provocada pela insuficiência do número de leitos de UTI, a saúde pública colapsou, expondo outros problemas como a falta de profissionais e suprimentos. Tal quadro demanda da união imediato recurso financeiro eficiente na logística dos entes federados. Nesse contexto, é de interesse a análise da pertinência da concessão de incentivos fiscais com a finalidade de fomentar a produção industrial voltada à prevenção e ao tratamento da Covid-19. Compreendendo assim, a produção de material hospitalar, produtos de limpeza e higiene, máscaras e equipamentos de proteção individual para utilização pelos profissionais da saúde, respiradores, estruturas de leitos hospitalares e de Unidades de Terapia Intensiva, medicamentos a serem incluídos em protocolo para tratamento da doença, matérias primas e demais insumos necessários à produção destes itens, dentre outros ligados à mesma finalidade.

Já houve a concessão pelo Governo Federal, de incentivo fiscal consistente na redução temporária à alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, visando o incremento e a diminuição de custos de produção, em relação a produtos como álcool etílico 70%, desinfetantes sanitários, gel antisséptico à base de álcool etílico 70%, vestuário e seus acessórios de proteção, aparelhos respiratórios, máscaras de proteção contra materiais potencialmente infecciosos, artigos de laboratório ou de farmácia, luvas,

133 ALDAZABAL, Feliciano. O impacto do COVID-19 no processo de inovação das empresas. Panorama Farmacêutico. Publicado em 02 de abr. de 2020.

termômetros clínicos, e outros equipamentos e aparelhos (BRASIL, 2020). Assim também, a redução temporária da alíquota do Imposto de Importação para zero por cento, implementada pela Resolução nº 17, de 17 de março de 2020, ampliada pela Resolução nº 22, de 25 de março de 2020, do Comitê Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior, se caracteriza como incentivo fiscal à entrada no mercado interno dos materiais hospitalares que especifica, tendo por objetivo facilitar o combate à Covid-19.

Outro incentivo fiscal concedido pelo Governo Federal, através do Decreto nº 10.318, de 9 de abril de 2020, reduz a zero as alíquotas de PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre a venda no mercado interno e sobre a importação de sulfato de zinco para medicamentos utilizados em nutrição parenteral, relacionado ao tratamento de pacientes infectados pelo novo coronavírus.¹³⁴

No caso dos respiradores e dos equipamentos de proteção individual (EPI), por exemplo, a maioria deles não é fabricada no Brasil e em outros países, encontrando-se quase totalmente na mão de um único país no mundo: a China. A falta destes equipamentos indispensáveis ao tratamento da COVID-19 chama a atenção. Após transações internacionais frustradas na tentativa de compra de ventiladores mecânicos da China, iniciou-se uma campanha interna para não mais dependermos do mercado internacional, que se encontra saturado, sem disponibilidade para atender a demanda em nosso país. Assim, o Ministério da Saúde vem contratando empresas brasileiras para a produção destes respiradores.

Diante do cenário temeroso, medidas de estímulo à demanda interna são remédios indispensáveis. E dentre os instrumentos possíveis, a concessão de incentivo fiscal para fomentar a produção de tais materiais destaca-se como medida relevante. A solução para o problema dos ventiladores, está na alteração na linha de produção de empresas para fabricar equipamentos ou produtos destinados ao combate da pandemia. Nesta direção, o Ministério da Defesa convocou empresas na ação denominada “Covid-19, Produtos ao Alcance de Todos”, com o objetivo de identificar as empresas que podem fornecer equipamentos para auxiliar no combate ao vírus.

Assim, diante da necessidade de aumento da produção de materiais hospitalares e equipamentos essenciais à prevenção e tratamento da doença, no mercado interno, presente o interesse público, parece justificável no campo jurídico tributário e econômico, a utilização de incentivos fiscais em favor das empresas que modificaram e que pretendem modificar seus meios de produção, em auxílio ao enfrentamento da pandemia, podendo alcançar, também, as fabricantes especializadas como incentivo a novos investimentos e

¹³⁴ BARBOZA, Ricardo Augusto Bonotto; et al. INCENTIVOS FISCAIS DIRECIONADOS A SUPRIR DEFICIÊNCIA DA SAÚDE PÚBLICA E IMPULSIONAR O REAQUECIMENTO ECONÔMICO NA PANDEMIA COVID-19. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 5, n. 62, p. 653-677, dez. 2020.

incremento da produção, representando inclusive, uma alternativa para enfrentamento da crise financeira que assola o setor empresarial.

Dessa forma, o fomento à produção de materiais hospitalares à prevenção da pandemia atua como papel promocional de incentivo fiscal, a fim de impulsionar ações e correções do sistema econômico, visando garantir benefícios, em vista de planejamento público previamente motivado.

3.CONCLUSÃO

A presente investigação expressou que, diante de todo o caos instalado pela pandemia da Covid-19, que fragilizou e levou a colapso sistemas públicos de saúde em todo o globo, os países necessitam, com demasiada celeridade, encontrar formas de manter o abastecimento de seus sistemas de saúde, de modo a possibilitar o eficaz enfrentamento da disseminação do vírus e a minimização dos óbitos em decorrência do agravamento do quadro causado pela Covid-19. Notou-se também que a paralização compulsória, decretada como medida para conter a propagação do vírus, a fim de melhor estruturar o sistema de saúde para enfrentamento da pandemia, apresenta reflexos nefastos, em especial para o setor empresarial, os quais tendem a piorar, sem perspectiva de melhora a curto prazo.

Assim, buscou-se demonstrar que os incentivos fiscais já vêm sendo utilizados timidamente pelo governo brasileiro, representam resposta viável a ser adotada para abastecimento do aparato necessário para o enfrentamento da doença, representando, inclusive, estímulo para indústrias que atuam em outros setores e se viram fragilizadas na crise instalada, para fomentarem a produção de material hospitalar e equipamentos de suma importância neste momento.

Ademais, como já ocorrido no passado, os benefícios fiscais podem ainda auxiliar na recuperação econômica do país, em especial, na recuperação financeira do setor empresarial, evitando ou diminuindo o número de demissões e encerramento de empresas, que acarretam a diminuição da arrecadação de receita pública. Nesse contexto, verificou-se que, na concessão e regulação de auxílios fiscais adotados durante esta situação extremada, os limites constitucionais e legais vêm sendo respeitados, destacando-se para tanto, a flexibilização da lei de responsabilidade fiscal especificamente com relação ao manejo de programas públicos destinados ao enfrentamento do estado de calamidade gerado pela disseminação da Covid-19, já referendada pelo Supremo Tribunal Federal. Importante consignar, ainda, que as benesses fiscais devem ter prazo determinado, visando evitar os abusos na concessão de incentivos, já combatidos no passado.

As normas tributárias indutoras podem se revelar eficientes instrumentos de estímulo do comportamento dos agentes econômicos, promovendo o aumento da demanda, da produção, dos investimentos internos, e da oferta de emprego. Tais fatores

são indispensáveis ao crescimento econômico, componente da equação geradora do desenvolvimento nacional, principalmente em épocas de crise como a de 2020.

Inevitavelmente, toda crise chega ao fim, mas não sem deixar marcas, tanto positivas quanto negativas. Algumas são claramente perceptíveis; outras exigem exames com lupas de maior alcance, não apenas focadas no campo da visão tributária, mas também econômica e financeira.

4. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=224756> Acesso em 25 de Jun de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6357. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: Acesso em :17 de jun. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 577.348 e Recurso Extraordinário n. 561.485. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 13.08.09, Plenário, Informativo n. 555. Acesso em: 01 jul. 2021.

ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. 4ª edição, 2017.

ALDAZABAL, Feliciano. O impacto do COVID-19 no processo de inovação das empresas. Panorama Farmacêutico. Publicado em 02 de abr. de 2020. Disponível em: <https://panoramafarmacutico.com.br/2020/04/02/o-impacto-do-covid-19-noprocesso-de-inovacao-das-empresas/>. Acesso em 27 de junho de 2021.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Incentivos fiscais em tempo de crise: impacto econômico e reflexos financeiros. Revista Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ano 1, n. 1, p. 106, 2011.

ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 151

BARBOZA, Ricardo Augusto Bonotto; BERALDO, Mariana Passos; VIOLANTE, Ana Flávia; KURIHARA, Maiumy Teresa. INCENTIVOS FISCAIS DIRECIONADOS A SUPRIR DEFICIÊNCIA DA SAÚDE PÚBLICA E IMPULSIONAR O REAQUECIMENTO ECONÔMICO NA PANDEMIA COVID-19. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 5, n. 62, p. 653-677, dez. 2020.

HARADA, Kiyosh. Direito Financeiro e Tributário. 26ª edição. Editora atlas, 2017.

LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 5ª edição, 2016.

MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. Incentivos Fiscais Através das Isenções. In: NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009. p. 648.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). Estudos de Problemas Tributários. São Paulo: José Bushatsky, 1971. p. 135.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; Curso de direito financeiro. 1ª edição, 2012. São Paulo.

O ATLETA FUTEBOLÍSTICO E AS FRAUDES NOS DIREITOS DE IMAGEM

VITOR DE ARAÚJO COSTA:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil, Campus
Fernandópolis.

ELOÍSA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: O desenvolvimento da tecnologia possibilitou novas formas de exploração por paixão dos brasileiros pelo futebol. Entre elas, deve-se dar maior importância ao tanto que os jogadores hoje em dia chamam atenção com sua imagem na mídia. Neste caso, tem de grande importância o estudo de institutos como o direito de imagem e o direito de arena que passam a ser essenciais para a indústria futebolística, na medida em que possibilitam a captação de enormes quantias e também para a proteção de direito que no caso é fundamental para a Constituição Federal de 1988, que é o direito de imagem.

PALAVRAS – CHAVE: Direito de imagem, Direito de arena, Futebol.

ABSTRACT: The development of technology has made possible new forms of exploration due to Brazilians' passion for football. Among them, greater importance should be given to how much players nowadays draw attention with their image in the media. In this case, the study of institutes such as image law and arena law is of great importance, which become essential for the football industry, as they enable the raising of huge amounts and also for the protection of rights that are not. This case is fundamental to the Federal Constitution of 1988, which is the right to image.

KEYWORDS: Arena, right, Image rights, Football.

INTRODUÇÃO

Aqui se encontram dois institutos que são destinados a proteger a imagem que por si é um bem jurídico, que com o crescimento de todo dia do futebol começou a se tornar um alvo de discussões acadêmicas e jurisprudenciais. O objetivo disso é ligar o instituto desses estudos com a carreira futebolística do atleta e tudo q englobe em sua carreira. Espera – se que no final desse estudo, o mesmo consiga mostrar a importância deste estudo que engloba as relações do jogador e de seu respectivo clube além de sua imagem na indústria do futebol onde é aclamado pela maior parte do mundo todo.

1. DIREITO DE IMAGEM

O crescimento precoce da “indústria futebolística” vinda do século passado esta ligada também ao desenvolvimento tecnológico do mesmo período, pois os dois juntos ampliaram e exploraram a paixão dos aficionados pelo esporte. Isso tudo também levou o futebol para indústria cultural, fazendo com que tivessem várias propagandas sobre o esporte além de também de convidarem jogadores para fazer algumas propagandas diversas sobre outros temas. A imagem do jogador, que há muito já integrava o imaginário popular, passou a ser vista como excelente apelo à publicidade dos mais variados produtos, fazendo com que alcançasse uma posição de destaque na relação clube-atleta. Desse jeito, a imagem tornou-se uma das molas que propulsionam a indústria que envolve as maiores notas de dinheiro, acarretando assim, um aumento significativo no comércio jurídico que explora a imagem do futebol de tal maneira que faz com que a imagem tenha uma gigante importância, logo também fazendo com que fosse o maior problema jurídico dos próprios jogadores.

1.1. Conceito

A palavra “imagem” vem do latim (“imagine”) e significa “representação de uma pessoa ou coisa, obtida por meio de desenho, gravura ou escultura”. O direito de imagem acaba criando o direito à identidade, que por fim cria uma conexão entre a imagem e a identidade da pessoa, ou seja, é o direito da pessoa que também pode ser usada com o nome do mesmo. Existe também o direito à integridade da imagem, que faz com que a indenização seja pelo dano estético. O direito de imagem é protegido pelo no ART. 5º da Constituição Federal de 1988, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, e, em três incisos se dispõe a proteger a imagem. Em inciso V, quando assegura a indenização por dano à imagem; em inciso X, quando preserva a inviolabilidade da imagem das pessoas e garante a indenização por dano material e moral decorrente de sua violência, e por ultimo em inciso XXVII, quando protege a pessoa no tocante à reprodução da imagem e da voz humana.

2. CONTRATO DE LICENÇA DO USO DA IMAGEM APÓS LEI Nº 12.395/11

O legislador, notando a carência de previsão legal quanto ao direito de imagem gera uma imensa controvérsia no âmbito jurídico trabalhista quanto à natureza jurídica da verba, no caso, foi escolhido que na tentativa de acabar com o alvoroço, pelo fato de colocar no ART 87º- Ana Lei Pelé, que retrata o direito de imagem como verba de natureza civil que é inconfundível com o contrato de trabalho. Pena que a mesma tentativa não conseguiu dar certo, pelo fato, de, que os contratos de licença de uso da imagem ainda pode ser um farsante, ou não, tudo depende do caso concreto. Um exemplo do caso de fraude vale destacar um que envolve o atacante Luizão e o Sport Clube Corinthians Paulista. Durante o período de contrato entre clube e atleta, Luizão recebia no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) por mês e R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) como parcelas de uso de sua imagem, ou seja, uma vasta desproporção que era facilmente de

ver fraude nesta contratação. Impelido judicialmente, o clube não conseguiu provar a utilização de imagem do jogador, o que fez com que o valor caísse sobre todos os encargos trabalhistas. Diante da exposição dos fatos, é fácil alegar que pela legislação vigente, o contrato de licença do uso da imagem é revestida por formalidades de caráter mercantil, tem natureza civil e autônoma ao contrato de trabalho, a menos que seja em hipóteses de fraude, não integrando a remuneração e também não podendo fazer parte do cálculo de verbas rescisórias do contrato de trabalho.

2.1. Contrato de licença do uso da imagem do atleta profissional de futebol

É comum ouvir no noticiário esportivo e até mesmo entre os operadores do direito a denominação “contrato de imagem” ou “contrato de cessão de imagem” do atleta de futebol profissional, terminologias que são, no entanto, equivocadas. O apropriado é denominá-lo como “contrato de licença do uso da imagem”, uma vez que o titular somente concede o exercício do direito de exploração e não o próprio direito.

Este contrato pode ser firmado entre o atleta e a empresa, ocasião em que não resta dúvida quanto a sua natureza civil. Porém, quando se trata de negócio jurídico entre o atleta e a entidade de prática desportiva, ou seja, no cotidiano desportivo, tal instituto suscita grande discussão doutrinária e jurisprudencial, podendo se vincular ao contrato de trabalho existente entre ambos.

3. DIREITO DE ARENA DO JOGADOR DE FUTEBOL

Um dos reflexos da evolução do futebol com a tecnologia é a comercialização, que por parte dos clubes, do direito sobre as transmissões do jogo de futebol que é umas das maiores rendas desta área.

O jogador sendo protagonista desse espetáculo, sua imagem, no caso, é fundamental e também é merecedora de guarida pelo legislador com a intenção de um tanto da quantidade arrecadada pelo espetáculo, seja destinada à quem as protagonista.

Nos dizeres de Alice Monteiro de Barros:

Se um canal de televisão transmite uma partida de futebol com o fim de atrair admiradores desse esporte ou exibe um filme da partida, como meio de propaganda dos produtos anunciados pela emissora, é justo que os atletas, que são os criadores do espetáculo do futebol, percebam os direitos correspondentes, pois ciente da remuneração percebida junto aos clubes, quando interpretam as regras do futebol no desenvolvimento das suas ações, exercem uma atividade criativa, que dá a vida ao espetáculo. Sendo eles os que incitam a concorrência dos espectadores ao estádio e despertam o interesse

dos telespectadores na exibição do programa, é justo que lhes reconheça o direito de arena.

Percebe-se, portanto, que o direito de arena é uma criação jurídica voltada para eventos esportivos que possibilita os jogadores o recebimento de percentual do total pago pelas emissoras aos clubes para que as partidas sejam transmitidas.

4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Aqui, em virtude de ser o direito de arena uma criação jurídica brasileira, por iniciar seus estudos por meio de sua criação os clubes não recebiam nada pelas imagens transmitidas, já que eram gratuitas as transmissões.

A primeira vez que o ordenamento jurídico pátrio do direito de arena se deu com o advento da Lei nº 5.988/73, que regulava os direitos autorais, nos arts. 100 e 121²¹, colocando-o entre os direitos conexos, relativos a artistas, intérpretes e executantes.

Na sequência das discussões doutrinárias e do avanço da legislação esportiva, surge em Março do ano 1988 a Lei Pelé (Lei nº 9.615), que regulamenta as normas gerais do desporto e com ela vem o direito da arena em seu artigo 46.

A Lei Pelé acabou por revogar a Lei Zico e, no que tange ao direito de arena, trouxe consigo algumas novidades, como a inserção da expressão “no mínimo” ao se referir ao percentual destinado à divisão entre os atletas que estão fazendo o espetáculo acontecer e a estipulação de que o direito de arena pertence “às entidades de prática desportiva” que substitui à inteligência do disposto na Lei de Direitos Autorais que falavam em “a entidade a que estiver vinculado ao jogador”.

CONCLUSÕES OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal projeto refere-se ao direito de imagem na “indústria futebolística” dentro de seu cotidiano desportivo e trabalhista, que busca entender a tutela sobre o mesmo e sobre as coisas que ela reflete. No que cita o jogador profissional de futebol, nota-se a evolução da tecnologia possibilitou a grande exploração da imagem de jogadores, em razão de sua fama e popularidade mundial. O direito de arena mostra a criação jurídica do ordenamento brasileiro, aparecendo pela primeira vez na Lei nº 5.988/73, que regulamentava os direitos autorais. Antes da instauração da mesma, os clubes não recebiam nada pelas imagens feitas durante as partidas em que participavam. Por fim, este trabalho mostra que o direito de arena e o direito de imagem do jogador, são de natureza remuneratória, vendo que tal valor é tido como dever do atleta como trabalhador da entidade esportiva, com base em seu contrato com o clube. Se por acaso tal vínculo não existisse, seu direito de arena também não iria existir, sendo assim, tendo feição de contraprestação pela atividade do jogador profissional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro. **As relações de trabalho no espetáculo**. São Paulo: LTr, 2003.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHINELATO, Silmata Almeida, **Direito de Arena**. SÃO PAULO: Revista do Instituto dos Advogados.

DUVAL, Hermano. **Direito de imagem**. São Paulo: Saraiva, 1998

FILHO, Álvaro Mello. **Novo Regime Jurídico do Desporto**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 10º Ed. São Paulo: LTr.2011. p. 676.

MACHADO, Jayme Eduardo. **Novo Contrato Desportivo Profissional**. Porto Alegre: Notadez, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Nova Legislação Desportiva: Aspectos Trabalhistas**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2004.

PSICOPATIA NO DIREITO PENAL

LARA VIEIRA COLOMBO:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI.

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa analisar o perfil psicopata e a responsabilidade penal do autor do delito, e a necessidade de conseguir uma explicação de como lidar com os indivíduos que tem esse transtorno de personalidade antissocial. Refere-se, ainda, a psicopatia à ótica do Direito Penal, no que diz respeito às leis, com o intuito de encontrar a melhor sanção penal aplicável ao psicopata. Tendo dedicação específica à culpabilidade e imputabilidade. Por fim, pretende-se exibir quais os procedimentos empregados para distinguir a intensidade do seu transtorno.

Palavras chaves: Psicopatia, Sanção Penal, Imputabilidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the psychopath profile and the criminal responsibility of the author of the crime, and the necessity of getting na explanation of how to deal with individuals who have his antisocial personality disorder. It also refers to psychopathy from the perspective of Criminal Law, with regard to laws, in order to find the best criminal sanction applicable to the psychopath. Having specific dedication to culpability and imputability. Finally, pretending to show what procedures are used to distinguish the intensity of your disorder.

Keywords: Psychopathy, Penal Sanction, Liability.

INTRODUÇÃO

O termo psicopatia origina-se no grego e significa “psiquicamente doente”. Foi nos séculos XIX e XX que o tema ganhou relevâncias e os estudos tiveram consideráveis avanços. Com algumas pesquisas clínicas, mais precisamente no campo da neurobiologia, referente à personalidade, facilitou-se detectar alguns pontos que possam denunciar um traço psicopático. Somente essa análise não é suficiente para diagnosticá-lo. É a partir disso, somado a um estudo antropológico, com análises na sociologia, até mesmo na filosofia, que auxiliam de base para o que se entende de psicopatia.

A palavra psicopata é utilizada para definir aquela pessoa que possui uma predisposição para assassinar, cometer atos ilícitos bárbaros, um comportamento tendente a um crime brutal. Cada vez mais esses delitos apresentam um alto nível de violência.

A conduta do psicopata nem sempre é toda maléfica, existindo momentos, fases e circunstâncias de ações adaptadas, as quais permitem que ele passe desatento em muitas áreas do desempenho social. Esse fingimento garante sua sobrevivência social.

Conhecido como Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS), que acomete cerca de 1% da população, sendo na sua maioria homens. Tendo uma tendência em distorcer os fatos, mentir compulsivamente ou ludibriar os outros, para obter vantagens pessoais ou prazer. Geralmente esses sintomas começam na adolescência e mostram seu pico durante os 20, 30 anos, diminuindo nos seus 40 anos de idade.

A psicopatia não tem cura, se houvesse, seria um tratamento sem fim, ou seja, perpétuo. Sendo a conduta mais adequada a pena privativa de liberdade, detenção ou reclusão, para aqueles considerados mais perigosos.

1. O INTELLECTO DA PSICOPATIA

Atualmente tem se tornado frequente crimes cruéis e assustadores. O estado de personalidade pertence a uma série de características psicológicas, de sentimentos, atos e interesses de cada pessoa, tornando uma complexa variação de princípios e de comportamentos. A melhor maneira de avaliá-la é em nós mesmo.

Assim, personalidade se refere aos aspectos do indivíduo que são percebidos pelos demais. O conceito de personalidade envolve as características que individualizam uma pessoa, presentes desde a infância e adolescência, permanecendo quase imutáveis ao longo da vida. É composta do caráter, que reúne os aspectos cognitivos do indivíduo, e do temperamento, reunião dos aspectos afetivos-conativos (PETERS, 1984, p.346)

Quando o indivíduo influencia o outro de modo danoso existe uma alteração de personalidade, é a totalidade dos vestígios emocionais e de comportamento, no juízo comum, como atitudes boas ou ruins de um ser humano.

O transtorno faz com que o indivíduo seja impossibilitado de sentir remorso ou empatia, além de apresentar comportamentos egoístas, ousados e apáticos. A incapacidade de sentir emoções faz com que os psicopatas aprendam a mentir, de maneira a se inserir na sociedade.

Os psicopatas são extremamente manipuladores, charmosos e calculistas, passam emoções forjadas.

Cada indivíduo já vem ao mundo com uma série de características próprias, que podem se alterar ou não em contato com o meio que o rodeia.

Spitz enfatiza que certos fatores emocionais específicos “se fazem presentes na etiologia psicopatia: “Os fatores emocionais estão apertem gatilhos sem qualquer vestígio de piedade. Lógico que não relacionados com certas personalidades maternas específicas. Tal personalidade materna é a que torna a identificação impossível por seus afetos contraditórios e inconsistentes que mudam muito rapidamente. Se esta é a personalidade da mãe da criança, a criança desenvolverá a psicopatia mesmo que o lar não seja desfeito e nem existam longas separações maternas. Isto pode ser uma explicação 17 para o aparecimento de psicopatas em famílias bem situadas economicamente. Uma outra possibilidade é que o ambiente da criança consista de uma série de figuras substitutas da mãe que se alternam rapidamente, e cujas personalidades variadas e contrastantes tornam a criança imprevisível (SPITZ, 2005, p. 58 a 59).

2.A PSICOPATIA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

A maior parte da doutrina nacional entende a culpabilidade como o juízo de reprovação que recai sobre o autor culpado por um fato típico e antijurídico. Crime é o fato típico, antijurídico e culpável (NUCCI, 2014, p. 180).

A imputabilidade trata-se da capacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se com esse entendimento, conforme se extrai do art. 26, *caput*, interpretado a contrario sensu. Consiste no conjunto de condições de maturidade e sanidade mental, a ponto de permitir ao sujeito a capacidade de compreensão e de autodeterminação.

O artigo 26 do Código Penal Brasileiro previu então, a hipótese clássica de inimputabilidade, afirmando que “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse entendimento.”

O imputável é a pessoa que possui condições de escolher entre o bem e o mal, devendo sofrer as consequências de seus atos, se escolher a conduta que lese os interesses jurídicos alheios.

A caracterização analítica de crime, é conhecida como a conduta típica, antijurídica e culpável. Típica propriamente por esta disposição legal prevendo que tal conduta é bloqueada. Antijurídico é o fato ilícito, ou seja, contrário à lei. Por último, culpável é o elemento subjetivo, caracterizado como imputabilidade, consciência efetiva da antijuridicidade e exigibilidade de conduta conforme ao Direito.

Por conseguinte, na ocasião onde o indivíduo comete uma ação típica, antijurídica e culpável, refere-se que cometeu um crime. No momento em que o legislador tipifica um comportamento humano, simultaneamente comina uma pena para quem o cometer. Desse modo, em face de um crime, a priori, sendo o agente culpado terá de cumprir uma pena previamente determinada.

Para compreender a forma de punição devida ao doente mental, é oportuna a compreensão da imputabilidade penal e da medida de segurança.

Por via de regra, medida de segurança é uma sanção penal, determinada aos inimputáveis por problema mental, imposta aos semi-imputáveis. Conforme o ponto de vista da jurisprudência e da doutrina é certo dizer em sanção.

Ao longo de bastante tempo constatou-se que a medida de segurança não teria natureza sancionatória, mas sim terapêutica (curativa, tutelar), melhor dizendo, ajudaria a tratar a doença mental do inimputável. Desse modo um efeito colateral perverso, visto que permitia que o indivíduo ficasse custodiado sob a égide da medida de segurança.

A medida de segurança é determinada aos inimputáveis por doença mental, passando a ser a sentença absolutória imprópria, visto que se absolve o réu com critério da inimputabilidade mental e aplica-se a medida de segurança. Semi-imputáveis, bem como chamados de fronteirios, é aquele estabelecido no Código Penal no art. 26, parágrafo único.

Aquele que possui uma perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, em consequência disso, tem parcial capacidade de compreender o ilícito. O semi-imputável é condenado (sentença condenatória) a uma pena que será diminuída de um a 2/3, sendo que o magistrado a depender do caso será capaz de converter a pena diminuída em medida de segurança se entender que é pertinente ao tratamento ao semi-imputável. A conversão é possível ser realizada na sentença pelo juiz ou é possível ser feita subsequentemente pelo juiz da execução.

Não é possível a aplicação da medida de segurança aos imputáveis, sendo assim, os psicopatas que não possuírem laudo médico comprovando a doença mental, serão submetidos a penas propriamente ditas.

Existem dois tipos de medida de segurança, de internação: o sujeito fica internado no HCT (Hospital de Tratamento Psiquiátrico, ou então conhecido como manicômio judiciário) e medida de segurança de tratamento ambulatorial (o indivíduo é submetido a um tratamento compulsório).

A justificativa da medida de segurança é a periculosidade do inimputável. De maneira oposta ao parâmetro da existência da pena que é a culpabilidade. O critério utilizado pelo Código Penal para definir quando se dará a internação ou o tratamento ambulatorial é estabelecido pela lei que diz se for prevista uma pena de detenção o juiz poderá aplicar o tratamento ambulatorial, levando a crer que se for prevista uma pena de reclusão, pena mais grave, caberia à internação. É um critério muito criticado, porque se leva em conta a reprovabilidade da pena.

A doutrina e a jurisprudência dizem que o julgador necessita afastar esse critério e aplicar como critério a necessidade do tratamento, embasando a decisão em laudos judiciais.

De modo que ao término da medida de segurança, a lei previu um prazo mínimo. Quer dizer que na sentença o juiz vai enunciar o prazo pequeno que o sujeito fica submetido a medida de segurança para que observado aquele prazo ele seja submetido a perícia para ver se cessou a sua periculosidade. Cessada a periculosidade, cessa, em consequência, a medida de segurança. Mantendo a periculosidade, mantém também a medida de segurança a fim de que seja submetido novamente a perícia.

A lei diz que o juiz vai determinar um prazo mínimo de 1 a 3 anos. Só que não foi previsto um prazo máximo. O STF em 2006 entendeu que o prazo não pode ter caráter perpétuo, estabelecendo como limite o art. 75 do CP (40 anos – Lei anticrime), sendo que para os crimes realizados antes de 23/01/2020 o prazo é de 30 anos.

O psicopata não contém um dos elementos do conceito analítico de crime, qual seja, a imputabilidade penal, contudo alguns autores entendem que não haverá dolo ou culpa. Nesse sentido:

Um doente mental jamais poderá agir com dolo ou culpa, porque, sem capacidade psíquica para a compreensão ilícita, não há nenhuma relação psíquica relevante para o Direito Penal, entre o agente e o fato. Sem a imputabilidade, não se perfaz a relação subjetiva entre a conduta e o resultado. Não se pode falar em dolo ou culpa de um doente mental. O dolo e a culpa como formas de exteriorização da culpabilidade em direção a causação do resultado, pressupõe a imputabilidade do agente. (1999, p.86)

Portanto, tratando-se de agente psicopata, a aplicação da sanção é baseada em sua periculosidade social, sendo aplicável medida de segurança não perpétua, porém renovável, havendo reiteração, cumprindo assim a pena, sua real função, qual seja a prevenção e repressão do crime.

3 CASOS CONCRETOS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A realidade da inexistência de conhecimentos técnicos para identificar um psicopata e aplicar a pena compatível, revela a ineficácia do sistema de proteção penal aos bens jurídicos. São inúmeros os casos em que o magistrado possui o poder-dever de analisar a personalidade doente do agente. A esse respeito, Ana Beatriz B. Silva ressalta:

É importante sublinhar que os estudos clínicos sobre a psicopatia sempre apresentam grandes dificuldades de serem realizados. A investigação clínica sobre a personalidade psicopática é tarefa extremamente complicada, pois os testes realizados para esse fim dependem dos relatos dos avaliados. Porém, os psicopatas não têm interesse nenhum em revelar algo significativo para os pesquisadores e tentam sempre manipular a verdade para obter vantagens (2011, p. 29)

É oportuno a transcrição de casos concretos para podermos compreender o *modus operandi* de referidos doentes mentais.

Interdição civil. Homem internado em casa de custódia psiquiátrica. Hipótese legal que não se equipara a medida de segurança (Direito Penal). A interdição civil de doente mental com gravíssima patologia, ainda que prolongada por três décadas, não se iguala a prisão perpétua, a qual diz respeito à privação de liberdade de quem conscientemente pratica ilícito penal e cumpre pena privativa de liberdade superior a trinta anos consecutivos. Situações jurídicas distintas. O direito material ao levantamento de interdição depende, ordinária e necessariamente, da cessação da causa que a determinaram (art. 1.186, caput, do CPC c/c art. 1.767, inciso I, do Cód. Civil), ou seja, de prova cabal da sanidade mental e possibilidade real do retorno daquele à vida em coletividade. Interditando conhecido por "Chico Picadinho". Reincidência em crimes de homicídio qualificado, destruição e ocultação de cadáver. Delitos praticados com impulsos primitivos e crueldade. Diagnóstico médico de personalidade psicopática, perversa, amoral e sádica (CID 10, F

65.5) e transtorno categórico misto. Características duradouras e irreversíveis. Quadro gravíssimo, de difícil controle e reversão. Terapêutica medicamentosa e psicoterápica sem resultado prático. Laudos médicos-legais conclusivos. Ausência de impugnação técnica. Prova técnica categórica. Elevada periculosidade e desvio constitutivo. Liberação incabível. Recurso desprovido.

(TJ-SP - AC: 00053276519988260625 SP 0005327-65.1998.8.26.0625, Relator: Rômolo Russo, Data de Julgamento: 25/11/2015, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/11/2015)

No caso acima, o juiz valeu-se de entendimentos médicos para atestar a periculosidade do agente e ainda decidiu no sentido de considerar a interdição civil como hipótese extrapenal. Até este momento, podemos compreender no caso real a adoção da corrente doutrinária que entende ser a medida de segurança medida curativa, portanto passível de prorrogação, não configurando prisão perpétua.

HABEAS CORPUS Nº 684032 - SP (2021/0243781-6) DECISÃO Cuida-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de DANILO DE LIMA GANDINE em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Habeas Corpus n. 2088914-74.2021.8.26.0000). O paciente, denunciado pela prática em tese dos crimes previstos no art. 155, § 4º, II, do Código Penal e no art. 32, § 2º, da Lei n. 9.605/1998, encontra-se preso preventivamente para a garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta do fato delitivo e o risco de reiteração. O impetrante sustenta a ilegalidade da prisão preventiva, ao argumento de que o decreto prisional funda-se na gravidade abstrata do crime e na alusão a elementos genéricos para justificar o risco da liberdade do paciente para a ordem pública. Alega que não estão presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal e que há excesso de prazo na formação de culpa. Afirma que o paciente possui condições pessoais favoráveis e defende a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva do paciente com a aplicação das medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do CPP. No mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja confirmada a medida liminar. É, no essencial, o relatório. Decido. Em juízo de cognição sumária, verifica-se que inexistente flagrante

ilegalidade que justifique o deferimento do pleito liminar em regime de plantão. Considerando que o pedido se confunde com o próprio mérito do recurso, deve-se reservar ao órgão competente a análise mais aprofundada da matéria por ocasião do julgamento definitivo. A propósito, do acórdão impetrado extrai-se o seguinte (e-STJ fls. 738-740): O periculum libertatis também encontra-se evidenciado. Trata-se de furto qualificado pelo abuso de confiança cumulado com o crime de maus-tratos contra animal doméstico. Segundo consta, o paciente, aproveitando-se da boa relação que mantinha com a proprietária do animal, subtraiu o cão sem que o fato fosse percebido pela vítima. Uma vez em sua residência desferiu diversos golpes de martelo no chão, enfiando na cabeça do animal uma chave de fenda que ali ficou presa. Não bastasse, o paciente colocou o animal dentro do tanque de lavar roupa e ateou fogo no cãozinho. O animal foi socorrido até o Hospital Veterinário, Veio a óbito, contudo. Os fatos acima descritos foram ratificados pelo relatório fornecido pelo Centro Veterinário responsável pelo atendimento do animal. Em pese as diversas tentativas de preservar a vida do animal, este veio a óbito no dia 23 de dezembro de 2018, portanto, 05 dias após ser internado, em razão de complicações de seu quadro que resultaram em uma parada cardio-respiratória (fls. 251/287 dos autos originais). Por outro lado, a proprietária do animal afirmou, em solo policial que temia pela sua integridade e de sua família, pois tinha medo do paciente. Os fatos assim descritos, é certo, revestem-se de gravidade que extrapola a simples adequação penal típica. A afirmação da gravidade concreta, como sabido, descortina o quadro de justa causa da prisão preventiva diante da necessidade de resguardo da ordem pública. Nesse ponto, vale lembrar o consolidado entendimento jurisprudencial segundo o qual a concessão de liberdade, ou mesmo de medidas cautelares alternativas, é incompatível quando evidenciada, pelas circunstâncias do caso analisado, a gravidade concreta dos fatos imputados. São hipóteses em que a forma de execução, os motivos aparentemente determinantes e outras circunstâncias ligadas à prática delituosa apontam para a necessidade da prisão para o resguardo da ordem pública. [...] A despeito da primariedade, o paciente figura como réu em dois processos criminais. No primeiro - autos do processo crime nº

1200185-44.2018.8.26.8.0515, em trâmite perante a Vara Única da Comarca de Rosana , a acusação versa sobre importunação sexual. Os fatos supostamente teriam ocorrido em 20 de novembro de 2018 (fls. 220/224 dos autos originais). No segundo - autos do processo crime nº 1502302-11.2019.8.26.8.0050, em trâmite perante a 30ª Vara do Foro Central da Comarca da Capital -, a acusação versa sobre incêndio em casa habitada. Os supostos fatos teriam ocorrido no dia 15 de dezembro de 2018, vale dizer, no dia seguinte aos fatos aqui narrados. O cenário assim exposto não descarta o possível distúrbio mental do paciente que é, inclusive, referido pelo impetrante na inicial da presente ação. Aliás, conforme documentos juntados, o paciente teria permanecido internado em clínica psiquiátrica com quadro F31.2 (CID10) - transtorno afetivo bipolar, episódio atual maníaco com sintomas psicóticos (fls. 202/216 dos autos originais). Nesse quadro, restam reforçados os riscos de comprometimento da ordem pública, dados pela periculosidade do paciente. De outro lado, conforme destacado pela autoridade judiciária o paciente teria permanecido em local desconhecido por mais de 02 anos, o que, inclusive, levou ao seu indiciamento indireto. Há, dessa forma, risco concreto de comprometimento da lei penal. (Original sem destaques) Ressalte-se que "é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que 'a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade' (RHC 107.238/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/3/2019)" (AgRg no RHC n. 131.260/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 22/10/2020). Nesse contexto, afasta-se a plausibilidade jurídica da medida de urgência e reforça-se a impossibilidade de sua concessão no caso em tela. Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar. Solicitem-se informações ao Tribunal de origem, que deverão ser prestadas preferencialmente por malote digital e com senha de acesso para consulta ao processo. Dê-se vista ao Ministério Público Federal. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 30 de julho de 2021. MINISTRO JORGE MUSSI Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(STJ - HC: 684032 SP 2021/0243781-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 02/08/2021)

Pelo exposto acima, podemos perceber a personalidade voltada para atos maléficos, por motivos extremamente insignificantes. A psicopatia é altamente perigosa para a sociedade, devendo o magistrado contar com equipe técnica para tomar decisões preventivas, evitando caos na sociedade.

Sabemos que o psicopata reiteradamente pratica infrações penais e diante do contexto é oportuna a aplicação do direito penal do inimigo criado por Jakobs.

A função primordial do Direito Penal não deve ser a tutela do bem jurídico, porque quando o Direito Penal entra em cena, o bem jurídico já foi violado, e sem a sua violação não há que se falar em intervenção do Direito Penal, portanto, a função do Direito Penal não deve ser a tutela do bem jurídico, mas a proteção do sistema, assegurar a higidez, a vigência, o respeito ao sistema.

Jakobs diz: a norma penal serve para assegurar a higidez do sistema, de maneira que se o sujeito descumprir a norma, ele deve ser punido. Há um funcionalismo sistêmico em razão do sistema; há um funcionalismo radical, que se descumpriu, tem que ser punido. Jakobs chega ao ponto de dizer que o sujeito que reiteradamente descumpra a norma penal não pode ser tratado como cidadão, porque ele rasgou o "contrato social" de Jean-Jacques Rousseau, na verdade, ele é um inimigo da sociedade e aí, vai permitir a exumação do chamado Direito Penal do Inimigo, que estava desacordado, digamos assim, ou morto e enterrado desde Thomas Hobbes e São Tomás de Aquino. O Direito Penal do Inimigo defenderá a existência de um sistema próprio de tratamento para aquele que reiteradamente inobserva as normas, e, portanto, se mostra um inimigo da sociedade.

São seres humanos impetuosos, desprovidos de senso de humanidade. Nesse sentido, as características do psicopata:

No eixo do relacionamento interpessoal, costumam ser arrogantes, presunçosos, egoístas, dominantes, insensíveis, superficiais e manipuladores; No âmbito da efetividade, são incapazes de estabelecer vínculos afetivos profundos e duradouros com os outros. Não possuem empatia, remorso ou sentimento de culpa; Na parte relacionada com o comportamento, são agressivos, impulsivos, irresponsáveis e violadores das convenções e das leis, agindo com desrespeito pelos direitos dos outros. (2010, p.167)

Contudo, em que pese a aplicação da teoria ser relevante no trato do agente doente mental, o ordenamento jurídico não o aplica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os psicopatas são sujeitos frios, sem empatia, remorsos, manipuladores e egocêntricos. Apresentam comportamento narcisistas e não se responsabilizam por nenhuma de suas atitudes.

Os portadores de psicopatia não são passíveis de ressocialização e necessitam de outra medida imposta a eles para que não acarretem em risco para a sociedade.

Na doutrina, a psicopatia não é uma doença mental, mas sim como um transtorno de personalidade, sendo que os indivíduos que possuem esse transtorno não são predeterminados. A psicopatia não se manifesta com sintomas, mas com comportamentos antissociais.

É preciso a interdisciplinaridade entre o Direito Penal, Psiquiatria e Psicologia Forense, para conseguir verificar a imputabilidade de cada criminoso.

No momento em que se fala em locais mais adequados para os portadores de psicopatia muitos ainda dizem que a condenação comum é o viável, porém esquecem que psicopatas possuem um transtorno mental que não tem cura.

Os criminosos diagnosticados com psicopática necessitam de atenção específica devido à possibilidade de incidência e reincidência no crime.

No campo da neurobiologia, entende-se sobre a personalidade e suas funções que são pensar, sentir e incorporar estes comportamentos.

Por fim, o diagnóstico é feito por um psiquiatra, baseado no teste de avaliação de psicopatia de Hare ou PCL-R, onde são avaliadas as características do comportamento da pessoa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, volume 1, parte geral, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNELUTTI, F. Teoria General del Delito, p. 56-256 In GALVÃO, F. e GRECO, R., **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 1999. p.48. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/766/1/Monografia%20-%20Isabella%20Alves.pdf>. Acesso em: 2 dez de 2021.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 de nov. 2021

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, 16. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

Greco, Rogério. **Direito Penal do inimigo**, ([200-?]). Disponível em:< <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029//>>. Acesso em: 25 de nov. 2021.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Rev. Atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMIREZ, Gonzalo. Psicopatia: o que é e como identificar um psicopata. **Tua Saúde**, 2021. Disponível em: < <https://www.tuasaude.com/como-reconhecer-um-psicopata/#:~:text=Esse%20transtorno%20pode%20acontecer%20devido,caracter%C3%A4sticas%20do%20comportamento%20da%20pessoa>. Acesso em: 25 de nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0005327-65.1998.8.26.0625.7ª Câmara de Direito Privado. Comarca de Taubaté, em que é apelante FRANCISCO COSTA ROCHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Rômolo Russo. São Paulo, 25 de novembro de 2015. Disponível em:<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900234758/apelacao-civel-ac-53276519988260625-sp-0005327-6519988260625/inteiro-teor-900234844?ref=serp>. Acesso em: 25 de nov. 2021.

São Paulo. Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS nº 684032 SP (2021/0243781-6). Impetrado em favor de DANILO DE LIMA GANDINE, coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ 02/08/2021.

Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1256338697/habeas-corpus-hc-684032-sp-2021-0243781-6/decisao-monocratica-1256338704>. Acesso em: 25 de nov. 2021

SHINE, Sidney Kiyoshi. Psicopata. São Paulo: Caso do Psicólogo, 2000. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentis perigosas: **o psicopata mora ao lado**. – Ed. de bolso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

A INEFICÁCIA E A MÁ UTILIZAÇÃO DA LEI

ANTHONY GREGORY FARIAS RODRIGUEZ:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

PEDRO MANOEL CALLADO MORA

(orientador)

RESUMO: Trata-se de mostrar ao leitor para melhorar a forma de análise e interpretação da lei e de casos concretos submetidos à apreciação da Justiça. Tentando apontar falhas, ou espaços vagos que surgem, como uma incógnita em certos casos, ou formas de agir. Mostrando também outras formas de entender o que acontece ao nosso redor, abrangendo o senso crítico e fazendo surgir questionamentos válidos para chegar a um veredito, evitando-se com isso conclusões precipitadas. Ajudando à quem esta acompanha o artigo, explicando de uma forma mais subjetiva e de fácil compreensão. Textos de lei são complexos e de difícil entendimento, resultando na falta de informação individual da sociedade, ou até mesmo o próprio texto de lei sendo vago, e tendo entendimentos diversos que fazem sentido, complicando a obtenção de uma resposta para alguns casos. Este artigo, busca mostrar que interpretações diferentes, por mais que diversas podem ou não estarem certas, pois uma vírgula pode mudar e aplicar respostas ao fato totalmente diversos, confundindo muita das vezes pessoas, quanto ao direito aplicado. Por que o legislador não tem um parâmetro de visão alongado do fato, até por que pode ser um fato novo, mas mesmo assim, o mesmo tem como função ter a visão mútua de toda situação, por mais difícil que seja, por isso foi criada as formas de preencher lacunas existentes na lei, como analogia, costumes, jurisprudência... sendo as mesmas imprescindível na ajuda de aplicação de sanções. O presente artigo irá mostrar alguns exemplos que acontecem falhas ou falta de informações que podem ser cruciais, e visando que também casos novos surgirem tendo que ser ágil para a obtenção de uma resposta.

Palavras chaves: Lei; interpretação; análise.

ABSTRACT: It is about showing the reader to improve the way of analyzing and interpreting the law and specific cases submitted to the Court. Trying to point out flaws, or vacant spaces that arise, as an unknown in certain cases, or ways to act. Also showing other ways of understanding what happens around us, covering critical thinking and raising valid questions to reach a verdict, thus avoiding hasty conclusions. Helping those who are following the article, explaining in a more subjective and easy to understand way. Law texts are complex and difficult to understand, resulting in the lack of individual information from

society, or even the law text itself being vague, and having different understandings that make sense, making it difficult to obtain an answer for some cases. This article seeks to show that different interpretations, however diverse, may or may not be right, because a comma can change and apply totally different responses to the fact, often confusing people as to the applied law. Why does the legislator not have a parameter of elongated vision of the fact, even because it can be a new fact, but even so, it has the function of having a mutual vision of the whole situation, however difficult it may be, that's why it was created the ways to fill gaps existing in the law, such as analogy, customs, jurisprudence...being the same essential in helping to apply sanctions. This article will show some examples of failures or lack of information that can be crucial, and also aiming that new cases arise having to be agile to obtain an answer.

Keywords: Law; interpretation; analysis.

1. INTRODUÇÃO

Sabemos que os nossos direitos são invioláveis e para isso instituiu-se a Constituição Federal, na qual são assegurados o cumprimento e respeito aos nossos direitos perante a sociedade. Desta forma, três Poderes (executivo, legislativo e judiciário) foram criados com a finalidade de instrumentalizar e aplicar corretamente a lei em fatos concretos.

Não se deve ignorar o princípio segundo o qual " toda a regra comporta exceções". Ocorre que, com o passar do tempo, surgiram novas leis, emendas, súmulas, fatos, casos, e decisões dificultando de certa forma a aplicação da lei. A má utilização da lei, podemos chamar de efeito colateral porque surgiram casos de diferentes formas, jeitos e ramo dentro do Direito, sendo isso um problema para nosso sistema e sociedade, pois quando algo que surgiu para garantir e assegurar direitos não funciona, como fazer poder valer nossos direitos?

Questionamento este um tanto quanto discutido em palestras, e que deveria mesmo ser levantadas pautas de como, por exemplo, evitar erros grotescos que acontecem em nosso meio. Dando a entender que o Estado vai agir somente com o interesse dele, não importando nosso direito ou o fato ocorrido, deixando de certa forma a sociedade com medo do que deveria assegurá-los de alguma forma.

Quando se prende uma pessoa inocente, podendo acontecer isso com uma denúncia caluniosa, por erro de apreensão policial, ou simplesmente quando se consegue provar que a mesma não teve culpa no caso, conforme revelado e comprovado pelo advogado de defesa, urge se atente para o comportamento da vítima que acusou alguém indevidamente pela prática de um ilícito penal.

Suponhamos que se consiga provar a inocência do acusado, o que fazer com o tempo e dinheiro (em alguns casos) perdidos? Ou com o constrangimento causado na

sociedade? (Entramos na Vitimologia) são coisas que ninguém consegue ressarcir o prejudicado, o dinheiro sim, tudo o mais, de natureza moral, não!

Nosso sistema com tantas medidas e informações apresentadas não deveria comportar tantos erros, e citando falhas não só no Estado, mas também na sociedade onde vivemos, que, de maneira alguma poderia deixar pessoas ludibriar o sistema, entrando aqui a ênfase do meu contexto, que pessoas usam da lei para enganar, ou prejudicar outrem, ou seja, estão conseguindo usar algo extremamente importante para o bem próprio, tirando vantagem, prejudicando diretamente o Estado para com a sociedade, fazendo-se então acreditar que a própria sociedade pode aplicar ou não a lei.

Posso aqui citar um exemplo que corriqueiramente acontece, não se tratando de algo incomum: quando em um desentendimento entre marido e mulher, chamava-se a polícia, faziam-se todos os tramites legais, e a mulher acusa no momento o marido de agressão (podendo ou não ter sido agredida verdadeiramente), movimentando toda a estrutura estatal para a proteção dos direitos dela, mas, no outro dia, a pessoa ia na Delegacia e retirava a acusação. Isso era uma forma de chantagem no matrimônio (a Lei Maria da Penha estava virando algo diverso do seu objetivo), mas o Estado então tomou a iniciativa de sanar o problema, pois hoje quando se dá uma queixa, ou uma denúncia com base na citada Lei Maria da Penha, o Estado dá andamento no processo, não interessando se a mulher quer ou não retirar o registro da ocorrência policial, tornando a respectiva persecução penal com a natureza de Ação Judicial Penal Pública Incondicionada.

Problemas como este acontecem em diversos âmbitos de aplicação do direito, devendo o Estado ter uma maneira mais rígida de analisar a intenção do agente-vítima e averiguar melhor o processo ou fato ocorrido para assim então diminuir os erros frequentes e aplicar corretamente as leis, defendendo melhor direitos dados a sociedade através das mesmas.

2.A INEFICÁCIA DA LEI

A lei é o principal elemento do contrato social, pois é a maneira pela qual ele se exterioriza; é também a garantia do seu cumprimento e, conseqüentemente, da paz social.

A lei se encontra na base de sustentação do Estado. Não é necessário que seja escrita, desde que obedecida pelos que estão sob o seu jugo. Claro que, quando a formalidade da escrita for exigida por determinado Estado, esta deverá ser respeitada.

Não se pretende aqui conceituar Direito, ou tratar das divergências que envolvem o tema. Mas para se chegar ao fim almejado é necessário analisar a "teoria da tridimensionalidade do Direito" proposta pelo grande jurista Miguel **REALE**.

Para Miguel **REALE**, o Direito possui três dimensões; é constituído de um **fato**, ou seja, de um acontecimento (ato ou fato) na esfera material, que tenha um determinado **valor**, relevante para a sociedade e que necessite de uma regulamentação, momento em que se cria a **norma**, dimensão que integra o valor ao fato, dando substância formal ao Direito.

A partir desta teoria, aqui singelamente resumida, o douto jurista trata da questão da validade do Direito, tema de extrema importância para o presente estudo.

Em síntese, para que o Direito possa realizar o fim que dele se espera, que é a manutenção da ordem e da paz social, ele deve ter validade. Tal validade se verifica em três formas: validade formal, social (eficácia) e fundamento.

A validade formal, consiste na positivação das normas, ou seja, no processo necessário para que determinada situação passe a ser regulada por uma norma escrita. Uma lei só será válida se preencher os requisitos formais estabelecidos pelo Estado.

No Brasil, as leis devem ser escritas, são editadas pelo Poder Legislativo e devem respeitar o procedimento estabelecido pela Constituição Federal. As leis devem ter fundamento, sendo que este reside no fato sobre o qual a norma será construída. Tal fato deve ser relevante, necessitando da tutela legal.

Por fim, o Direito deve ter eficácia. Nas palavras de Paulo Dourado de Gusmão: "Eficaz é o direito efetivamente observado e que atinge a sua finalidade." O conceito é claro, se o Direito não for observado pelos seus destinatários, não atingindo a sua finalidade, ele não terá validade alguma. A questão da eficácia ou, mais precisamente, da ineficácia será tratada mais a fundo no próximo item.

2.1 A INEFICÁCIA

Primeiramente, ao tratar da ineficácia das leis, é necessário distinguir a ineficácia plena da relativa. Outra questão que se deve esclarecer, desde já, é a de que a ineficácia estudada aqui é a da Lei Penal, tendo em vista a sua conexão com o problema da violência.

Uma lei que não é respeitada pelos seus destinatários e que não realiza os objetivos de sua criação é totalmente ineficaz, pois não se aplica à sociedade para a qual foi instituída. Como exemplo, desta ineficácia, pode-se citar o dispositivo de lei que proíbe a utilização de telefone celular por condutor de veículo, quando este estiver em movimento. Bem se sabe que são poucos os motoristas que respeitam esta norma.

A grande maioria dos juristas encerra, neste ponto, o estudo da questão, todavia é muito importante analisar, também, a ineficácia relativa.

Pode-se dizer que são poucas as normas plenamente ineficazes, mas praticamente todas possuem um certo nível de ineficácia. Isto ocorre porque a própria estrutura da norma se volta para a proibição de determinada conduta, o que se tem é a previsão de algo inevitável.

Assim, entendendo-se que o objetivo da lei é o de evitar que determinada situação ocorra, a ineficácia se verifica no momento em que esta se realiza. Em outras palavras, as leis são criadas para evitar que as pessoas ajam de certas maneiras.

Todavia, fica a seguinte questão:

Se as leis existem e estabelecem sanções, por que alguns não as respeitam? É o mesmo que perguntar o porquê da ineficácia das leis.

Não seria razoável dizer que o problema reside unicamente nas leis, pois uma série de outros aspectos contribuem para o comportamento delituoso, sejam eles sociais, como a desigualdade, ou psicológicos.

Porém, as leis contribuem, em parte, para a sua própria ineficácia. Isto ocorre porque as previsões legais buscam unicamente evitar comportamentos que, na verdade, são inevitáveis; mas não estabelecem meios de correção para o comportamento criminoso, nem, muito menos, indicam maneiras de se minimizar os efeitos do delito.

Tal situação pode ser verificada analisando-se o próprio Sistema Punitivo Brasileiro que tem, praticamente, como único tipo de sanção, salvo alguns casos, o encarceramento.

Isso faz com que as prisões fiquem abarrotadas de pessoas, desde perigosos homicidas até pequenos 'ladrões de galinha'. Ademais, a pena de prisão não reeduca ninguém, pois não há planejamento para tal. Sem se falar na reintegração do criminoso que volta, para a sociedade, pior do que era ao ser preso.

Resumindo, a história já demonstrou que as sanções não impedem os atos criminosos; assim, as normas deveriam se voltar, também, para a questão da reestruturação social, após o crime, de forma a auxiliar as vítimas e reeducar os criminosos. Pois, evitar encarar os problemas não é a solução, mas é importante aprender a conviver com eles e tentar minimizá-los.

3.A MÁ UTILIZAÇÃO DO PODER

A lei, como dito, tem a finalidade de proteger um bem comum social, para assim ter regras e determinações legais, nos dando uma certa responsabilidade. O Legislativo tem um Poder muito grande sobre o Estado, então devem se atentar muito na criação de uma norma, com preocupação na sua finalização. Veja-se, como exemplo, a já citado Lei Maria da Penha com o reconhecido desvio de objetividade porque se ignorou a realidade na vida de um casal, cujo objetivo deveria ser a fixação na paz da família quando, para isso, fosse necessário, excepcionalmente, a retratação da vítima, inclusive porque os fatos não teriam ocorridos da forma como relatado no calor do acontecimento durante o registro da ocorrência.

Podemos falar também quando uma lei é criada e não se entende sua finalidade por ser horrenda ou por simplesmente não fazer sentido, fazendo chegar ao questionamento, será que quem está com o poder, o leva realmente sério?

No EUA tem leis que estão longe de serem compreendidas, tanto que, até 14/06/2020, um dia antes da Suprema Corte decidir, os empregadores podiam demitir seus funcionários pelo simples fato da homossexualidade. Da mesma forma, em casos parecidos na Rússia e no Catar, onde ser homossexual é crime. O poder então da força da lei é sim mal utilizado nesses casos, que são horrendos.

3.1 INTERPRETAÇÕES

A interpretação é outro caso que se deve atentar por fatos que são analisadas de um forma para uma lei posterior analisar de outra forma a mesma conduta. Leis diferentes, se interpretarmos bem, veremos que tem a mesma essência: artigo 121 do nosso Código Penal esclarece que matar alguém é crime. Mas, quando se tem um estado de necessidade, por exemplo, a conduta deixa de ser crime, não sendo mais tratada como um ato ilícito, por falta de culpabilidade. Agora, em um outro tipo de estado de necessidade, quando, por exemplo, um pai de família entra em um supermercado para furtar (art. 155 do nosso Código Penal), muita das vezes, senão na maioria ele é preso, e como não tem condições para os devidos custos judiciais, sendo condenado e dependendo de como transitar em julgado não caberá fiança. No entanto, nessa hipótese de furto famélico, estaremos diante de uma excludente da ilicitude (ver o art. 23 do CP.), nãoa se podendo mais, portanto, falar em crime.

3.2 INEFICIÊNCIA DO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

Entretanto, fazendo um paralelo entre o Direito Penal e o Sistema Criminal Brasileiro, percebemos que utilização das leis, no caso deste trabalho, com destaque para o Código Penal e Processual Penal, onde o juiz aplicava e aplica a pena segundo o status da pessoa e depois da gravidade do caso. É por isso que há tanta impunidade no nosso país, pois as grandes sanções são aplicadas somente para uma menor classe e menos favorecida.

Portanto, é por essa e outras razões que diariamente nos deparamos com notícias de fatos que envolvem crimes graves e que muitos dos mandantes dos mesmos são os grandes e poderosos, os que deveriam dar o exemplo para a sociedade. Esses poderosos não deveriam ser considerados melhor do que os outros por ocuparem cargos públicos, nos quais deveriam dar o exemplo e procurar ter uma postura correta.

Sendo assim, podemos perceber que é preciso que o Poder Judiciário cumpra o seu papel cumprindo de maneira legal e igualitária as leis, sem deixar lacunas para que se possam driblar as leis e fiquem impunes os autores de crimes que verdadeiramente preocupem a sociedade.

Desta maneira, Marcelo Araújo destaca em sua obra a sua preocupação particular e também de toda sociedade, na qual mostra como a utilização das penas estão cada vez mais erradas, ou seja, os órgãos competentes estão deixando a desejar na aplicabilidade das sanções como medidas para coibir o infrator para que o mesmo não venha a cometer novamente o mesmo crime. Mostrando também como o sistema Brasileiro penal precisar melhorar para poder ser mais bem aplicado. Vindo com o mesmo pensamento de Marcelo temos o autor Cessare Beccaria que demonstra isso de maneira clara na sua belíssima obra "Dos Delitos e das Penas":

“Há necessidade de se fazer as leis claras e acessíveis, autossuficientes, indo de encontro ao povo e contribuindo na contenção dos impulsos provocados pela ignorância e a incerteza das penas. As leis que até então deveriam ser elaboradas livremente entre homens livres, foram na maior parte das vezes, produto do acaso e do momento, e raramente, visando o bem-estar da maioria. E “questiona também sobre a origem e os fundamentos das penas aplicadas para prevenir os delitos.”

4.COMPLEXIDADES DO CUMPRIMENTO DAS PENAS

Marcelo Araújo nos mostra naquela obra a preocupação com a complexidade das penas aplicadas, pois as mesmas não são aplicadas de maneira correta. Em que podemos notar que quando o réu é pobre, sem estrutura familiar e sem apoio social, o Estado passa a tratá-lo de maneira repressiva, com castigos severos, entre outros tormentos.

Porém, quando o réu se trata de um “rico”, a realidade muda, são os conhecidos criminosos de colarinhos brancos, que roubam milhões e que muitas vezes não são presos e muito menos condenados, pois ocupam cargos públicos importantes em determinada sociedade, ou são poderosos sob a ótica econômica. Por isso não são punidos. Como é público e notório, há diversos casos de impunidade desses poderosos do “colarinho branco”. Como exemplo mais recente, tornaram-se notórios os famosos casos do mensalão, do dólar na cueca e agora dos ministros que desviaram milhões de reais destinados a educação, esporte, entre outros.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto neste trabalho podemos ver que Leis são falhas e abstratas, bem como há sim uma má interpretação de leis que são por vezes distorcidas. Lembrando que a vida é o bem mais precioso do ser humano, independente de quem ou onde tenha que ser zelada, sempre considerando que a lei é igual para todos. Entretanto, em muitos casos a lei não realiza os fins para os quais é destinada, tendo-se a sua ineficácia. Esta pode ser absoluta ou relativa. É absoluta quando a lei não for observada e não atingir o seu fim; e relativa quando atingir, mas de maneira imperfeita, os seus objetivos.

Porém, todas as normas possuem um certo nível de ineficácia. Isso ocorre porque são imperfeitas na sua estrutura, já que se preocupam unicamente com a punição, na vã tentativa de impedir determinados atos lesivos, esquecendo-se da reeducação do infrator e da reestruturação social que deveria proceder o crime. Não esquecendo dos criminosos de colarinho branco como exemplo os deputados, ministros e empresários, os quais, de um modo geral, deveriam ter uma punição mais severa, mas que, como nos casos dos políticos, ficam apenas na perda de seus mandatos. Atualmente, passamos por uma discussão dos crimes de trânsito, jovens que consomem bebidas alcoólicas e usam drogas, atropelam e matam pessoas na madrugada, e acabam recolhendo uma fiança, liberados em seguida. Esta é apenas uma visão pessoal, mera observação de um sistema que possui

falhas, mas que não é estático e felizmente pode ser modificado. Encerrando aqui dizendo que o sistema é falho sim, mas a má utilização e a corrupção agravam mais as consequências dessa reconhecida falha da lei e também de sua aplicação ao caso concreto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PONTAROLLI, ANDRÉ. A VIOLÊNCIA E A INEFICÁCIA DAS LEIS. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1546/A-violencia-e-a-ineficacia-das-leis>

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer!**: Impunidade e Ineficiência do Sistema Criminal Brasileiro; 2ª Edição; Ver. E atual; Rio de Janeiro; Brasport; 2010.

PEREIRA, Marcelo Matias. **Comentários à Lei das Prisões (Lei nº 12.403/2011)**. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n. 2890, 31 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19229>>. Acesso 19/11/2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Processo Penal**. São Paulo; Editora Saraiva; 2009. **Constituição Federal** promulgada em 1988.

BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Editora Martin Claret; São Paulo, 2000.

CÓDIGO PENAL

O TEMPO NO CONTRATO DE TRABALHO

MARIANA ARAUJO VERRI LOUREIRO:

advogada especialista em Direito e Processo do Trabalho. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC. Pós-graduada em Direito e Processo do trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestranda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre o desenvolvimento do tempo no contrato de trabalho. A Quarta Revolução Industrial, por meio do avanço das tecnologias, provocou impactos nas dinâmicas de trabalho, inclusive impactando na jornada de trabalho. Assim, necessário o debate sobre a legislação trabalhista adequada a este novo cenário de flexibilização e modernidade que permita aos empregados uma maior adaptação das atividades.

Palavras chaves: Relações de trabalho, jornada de trabalho, quarta revolução industrial, flexibilização.

Sumário: 1 Considerações Iniciais. 2 A evolução histórica do Direito do Trabalho. 2.1. A Organização Internacional do Trabalho – OIT. 2.2. A evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil. 3 A Constituição Federal de 1988. 3.1 Os princípios de Direito do Trabalho. 3.1.1 Princípio da Primazia da Realidade. 3.1.2 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. 3.1.3 Princípio da Continuidade da Empresa, ou da Preservação da Empresa, ou Função Social da Empresa. 4 A proteção da jornada de trabalho. 4.1 Conceitos de jornada e horário de trabalho. 5 As transformações decorrentes da Quarta Revolução Industrial. 5.1 A flexibilização do trabalho na modernidade. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema escolhido para o presente artigo consiste no estudo da evolução do tempo no contrato de trabalho e a aplicação das transformações decorrentes da Quarta Revolução Industrial, bem como a flexibilização na modernidade, notadamente pelo fato de que o desenvolvimento das tecnologias provocou impactos nas relações de trabalho, com amplo destaque para a questão da jornada de trabalho.

Vale mencionar que o avanço exponencial das novas tecnologias influenciou diretamente nas dinâmicas de trabalho. Contudo, há um profundo debate na sociedade, acerca de uma legislação trabalhista adequada a este novo cenário e que permita aos

empregadores uma maior adaptação das atividades às mudanças da Quarta Revolução Industrial.

Em síntese, no presente artigo, objetivamos uma reflexão acerca dos impactos da Quarta Revolução Industrial na jornada de trabalho. Para o cumprimento dessa tarefa, resgatamos um pouco do aspecto histórico do direito do trabalho, dos estudos dos princípios e da necessidade da tutela especial em relação ao tempo de tempo.

2.A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

A fim de discorrer sobre o Direito do Trabalho é de extrema importância o resgate da história, pois é nela que encontramos a razão do seu surgimento e da sua finalidade.¹³⁵

Assim, necessário se faz identificar o fato (dimensão fática) que deu origem à legislação trabalhista, qual seja a Revolução Industrial e o valor (dimensão axiológica), ou seja, a indignação quanto às condições de trabalho, sendo uma relação humanista.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento leciona:

“O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida da Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram novas fisionomias ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes.”¹³⁶

Logo, o ponto culminante é a Revolução Industrial, que intensificou as relações sociais, o que não significa que antes dela inexistissem problemas sociais.

Desta forma, promoveremos a valoração do fato social que originou as normas jurídicas trabalhistas, qual seja, a Revolução Industrial, que motivou a elaboração das normas de proteção aos trabalhadores, haja vista a indignação quanto às próprias condições do trabalho.

Superadas tais considerações iniciais, importante se faz afirmar que a Revolução Industrial é caracterizada pela acumulação de bens pelos burgueses, cujo objetivo era a produção, mesmo à custa de condições precárias de trabalho.

135 NASCIMENTO, Cristina Renata Hoffman: *A efetividade do direito do trabalho*. p. 11. Mestrado em Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., São Paulo, 2011.

136 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: historia e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.4

A Revolução Inglesa do século XVII apenas foi possível em razão da invenção da máquina a vapor no ano de 1712 por Thomas Newcomen que acelerou o processo de industrialização, em especial na indústria têxtil, o que alterou as relações entre o trabalho e o capital. Cristina Renata Hoffman Nascimento leciona que:

“Indicam como característica da Revolução Industrial: o surgimento da fábrica [...]; a substituição das ferramentas pelas máquinas; utilização em larga escala da energia motriz e do trabalho assalariado; e o surgimento de duas classes sociais com interesses opostos, a burguesia industrial e o proletariado”¹³⁷

Ademais, as condições de trabalho eram precárias, perigosas e insalubres, a jornada de trabalho era excessiva, houve o surgimento de moléstias decorrentes do trabalho em razão da ausência de proteção, o abuso da mão de obra feminina e do menor de idade, e, por conseguinte houve o empobrecimento da classe trabalhadora pela incapacidade de competição com produtos industrializados.

Além disso, as residências dos trabalhadores eram próximas às fábricas e sem qualquer condição de higiene, ou seja, a classe trabalhadora, não só se submetia as péssimas condições de trabalho dentro das fábricas como também no seu convívio familiar, conforme o comentário de Daniel Moita Zechlinski dos Santos consignado abaixo:

“Os regimes de trabalho da época eram os piores já experimentados desde a escravidão. Os salários irrisórios não possibilitavam aos trabalhadores condições dignas de subsistência. Muitos que não conseguiam morar nos guetos sem o mínimo de infra-estrutura, sem abrigavam nas próprias dependências da fábrica onde trabalhava.”¹³⁸

Ainda sobre as condições precárias dos trabalhadores, Sergio Pinto Martins acrescenta:

“As condições de trabalho eram demasiadamente perigosas e insalubres, sujeitando os operários a incêndios, explosões, intoxicações por gases, inundações, desmoronamento [...] doenças como tuberculoses, asma e pneumonia.”¹³⁹

137 NASCIMENTO, Cristina Renata Hoffman. *A efetividade do direito do trabalho*. p 12. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., São Paulo, 2011.

138 SANTOS, Daniel Moita Zechlinski dos. *Flexibilização da Norma Trabalhista no Brasil*. p. 17. Mestrado em Direito. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2005

139 MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 36

Observa-se que tais condições de trabalho proporcionaram a desumanização e conseqüentemente, a despersonalização do proletariado, eis que há a perda de sua personalidade.

E ainda há que se considerar que nos séculos XVII e XVIII prevalece o liberalismo econômico que é contrário à ideia da intervenção estatal e concede liberdade às partes e ao indivíduo. Neste sentido, o ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento:

“A concepção fundamental do liberalismo é a de uma sociedade política instituída pelo consentimento dos homens que viviam em estado de natureza e na qual cada um, sob a direção da vontade geral, vivem em liberdade e igualdade e com a garantia da propriedade de tudo o que possui”.¹⁴⁰

Por este ângulo Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores Moraes explicam:

“O liberalismo clássico, surgido ao longo do século XVIII, alimentado filosoficamente pelo Iluminista e finalmente vitorioso na Revolução Francesa de 1789, limitava sobremaneira os poderes do Estado e pregava a plena autonomia do indivíduo [...]”.¹⁴¹

Sob tal cenário, nascem os movimentos sindicais que inicialmente eram clandestinos e até mesmo criminosos, uma vez que vai de encontro com o liberalismo contratual, sendo certo que foi regulamentado na Inglaterra apenas em 1871.

Os movimentos operários foram essenciais ao desenvolvimento das leis trabalhistas, pois estabeleceram uma nova forma de luta para que as leis de proteção aos trabalhadores fossem aprovadas.¹⁴²

Sendo assim, os Estados, em razão da exploração da mão de obra, notam o não crescimento intelectual, bem como prejuízos econômicos em decorrência da falta de consumo, eis que a população não possui condições financeiras para tal.

140 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 23-24

141 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 7ed. São Paulo: LTr, 1995. p.5

142 NASCIMENTO, Cristina Renata Hoffman. op. cit, p 19.

Era, assim, o início de um novo conceito de Estado em que “em nome da solidariedade substitui-se a igualdade pura pela igualdade jurídica, como regra de direito que impõe o interesse geral sobre o particular sem que, entretanto, se anule o indivíduo”¹⁴³

Deste modo, os Estados veem à necessidade de garantir direitos aos trabalhadores a fim de assegurar o crescimento econômico, caracterizando assim, o intervencionismo estatal, ou seja, o Estado regulamenta as questões trabalhistas e confere o mínimo de direitos aos trabalhadores. Confira:

“Na França, por exemplo, foi criada uma indenização para casos de acidente de trabalho; proíbe-se a penhora de salários na Inglaterra; impunha-se limites ao trabalho infantil em relação a idade e ao tempo de execução com a jornada parcial em meio turno; estabeleciam-se normas de segurança para o trabalho e criava-se a inspeção das oficinas.”¹⁴⁴

Vale salientar a pressão da Igreja Católica que contribuiu para a mudança da concepção do Estado para regulamentar as normas do direito do trabalho, a partir da publicação da Encíclica *Rerum Novarum* (Das Coisas Novas), pelo Papa Leão XII, em 1891, que divulgou a máxima de que não pode haver capital sem trabalho nem trabalho sem capital.¹⁴⁵

Nesta fase, também está presente o movimento denominado constitucionalismo social que tem por objetivo incluir direitos sociais nas Constituições.

Apenas a título de conhecimento, a Constituição do México (1917) foi à primeira constituição social, seguida pela Constituição de Weimar, na Alemanha (1919). Na sequência, tivemos a Carta Del Lavoro, na Itália que, de forma equivocada, costuma ser lembrada como aquela que inspirou a nossa Consolidação das Leis do Trabalho.

Por fim, importante mencionar que em 1919, com o Tratado de Versalhes, assinado na Conferência de Paz, criou-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Desta forma, o ideal do estado liberal foi rapidamente substituído pelos preceitos do Estado Intervencionista, o que contribuiu para o surgimento das primeiras leis relacionadas ao direito do trabalho, à higiene, à saúde e às garantias básicas dos trabalhadores.

2.1. A Organização Internacional do Trabalho - OIT

143 SEGADAS 1997, p. 39

144 SANTOS, Daniel Moita Zechlisnki dos. op. cit. p. 19.

145 SANTOS, Daniel Moita Zechlisnki dos. op. cit. p. 20.

A Organização Internacional do Direito do Trabalho foi fundada com o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), por meio da assinatura do Tratado de Versalhes em 1919 na Conferência de Paz.

O Tratado de Versalhes é um documento internacional idealizado pelas nações vitoriosas na Primeira Guerra Mundial, cuja finalidade é promover a paz social e melhorar as condições de emprego.

Nesse sentido, Rúbia Zanotelli de Alvarenga afirma:

“A criação da OIT baseou-se em argumentos humanitários e políticos, que fundamentaram a formação da justiça social no âmbito internacional do trabalho. O argumento humanitário baseou-se nas condições injustas e deploráveis das circunstâncias de trabalho e vida dos trabalhadores durante a Revolução Industrial, que se deu em virtude das mudanças no sistema de produção durante o século XVIII, na Inglaterra. A burguesia industrial, em busca de maiores lucros e menores custos, buscou acelerar a produção de mercadorias por intermédio da exploração do trabalhador, numa fase histórica em que a Revolução Industrial propiciava o fortalecimento da empresa. Inúmeros empregadores, valendo-se da plena liberdade contratual e do Estado Liberal, impuseram aos trabalhadores a aceitação das mais vis condições de trabalho. Dessa maneira, os problemas sociais gerados por aquela revolução (miséria, desemprego, salários irrisórios com longas jornadas, grandes invenções tecnológicas da época, inexistência de leis trabalhistas) contribuíram para consolidar o capitalismo como modo de produção dominante.”¹⁴⁶

Ademais, o referido tratado, em sua parte XIII, dispõe sobre a criação da OIT e em seu artigo 387, incentiva a criação de normas trabalhistas em nível mundial, inclusive a limitação da jornada de trabalho que também foi estendida a homens adultos, com fixação de 8 horas diárias. Confira-se:

“Considerando que a Sociedade das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que esta só pode subsistir tendo por base a justiça social; [...] As Altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade, bem como pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, convêm no seguinte: [...] Art. 387º. É fundada uma organização

146 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos do Trabalhador. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/copia_de_vjklm-170407a.pdf. Acesso em 29/03/2018.

permanente encarregada de trabalhar pela realização do programa exposto no preâmbulo [...]"

Sob o abalo da Primeira Guerra Mundial e do processo de reconstrução das nações, o papel da OIT foi essencial para criar bases sólidas com o intuito de manter a paz mundial e obter melhores condições às classes trabalhadoras.

O filósofo Immanuel Kant, em seu livro "A paz Perpétua" em 1795, defende a necessidade de entidades globais e a criação de uma constituição internacional a fim de promover e manter a paz duradora e universal, bem como solucionar conflitos pacificamente entre as nações. Segundo Kant:

"Os povos podem, enquanto Estados, considerar-se como homens singulares que no seu estado de natureza (isto é, na independência de leis externas) se prejudicam uns aos outros já pela sua simples coexistência e cada um, em vista da sua segurança, pode e deve exigir do outro que entre com ele numa constituição semelhante à constituição civil, na qual se possa garantir a cada um o seu direito."¹⁴⁷

Neste cenário, ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU) e em 1946 a constituição da OIT foi revisada, sendo declarada a personalidade jurídica própria da OIT, bem como considerada "pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de estados, a qual assume soberanamente a obrigação de observar as normas que ratificam no plano interno."¹⁴⁸

Assim, a OIT "visa adotar uma política social de cooperação e de desenvolvimento social entre todos os sistemas jurídicos nacionais para melhoria das condições de trabalho mediante o implemento de normas protetivas sociais universas para os trabalhadores e o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos do Trabalhador"¹⁴⁸.

2.2. A evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil, o marco inicial para o desenvolvimento do direito do trabalho e das leis trabalhistas se deu com a extinção da escravidão, por meio da Lei 3.353, de 13 de maio de 1888.

Assim, na primeira fase histórica, qual seja o período da República, grande parte dos trabalhadores eram imigrantes Europeus, especialmente entre 1888 a 1920. As condições

¹⁴⁷ KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p.40.

¹⁴⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. São Paulo: Editora LTr, 1987, p. 124.

de trabalhos eram idênticas às aquelas já relatadas, ou seja, eram precárias e indignas, conforme bem refere Arnaldo Süssekind:

“As condições de vida e de trabalho dos primeiros proletários não eram melhores do que as de muitos escravos que com eles produziam nas mesmas fábricas, vivendo em alojamentos idênticos”¹⁴⁹

Ademais “o fato de o proletariado surgir no interior de uma sociedade escravista dificultou e travou, durante muitos anos, o processo de sua formação como classe”¹⁵⁰

Conforme acima mencionado, o Brasil possui expressiva massa de imigrantes, especialmente de origem europeia que trouxeram pensamentos anarquistas, principalmente na primeira década do século XX, desenvolvendo assim o papel do sindicato e ideais de igualdade.

Diante do trabalho indigno e da exploração da mão de obra de homens, mulheres e crianças, somados aos ideais positivistas e o intervencionismo estatal advindo do continente europeu, identificamos neste período muitas greves e movimentos políticos que favoreceram o surgimento do Direito do Trabalho.

Sendo assim, a segunda fase do direito do trabalho no Brasil é marcada pelo intervencionismo estatal através das políticas públicas do então Presidente Getúlio Vargas, em 1930, em que há a expansão da legislação trabalhista.

O Brasil passava por um período de forte industrialização e de desenvolvimento de novas formas de produção capitalistas e este contexto exigiu uma efetiva regulamentação do trabalho.

“Quando Getúlio assume, portanto, várias razões de ordem política e econômica acumulavam-se para que sua postura diante das relações de trabalho não pudesse ser mesmo outra que não a da implementação de normas a regulá-las. Sob o prisma político, internamente, sua chegada ao poder representava a quebra da república da oligarquia cafeeira e, no contexto internacional, aumentava a pressão para que o Brasil adotasse, efetivamente, leis de proteção social. No aspecto econômico, o incentivo

149 Id. Ibid., 113.

150 HARDMAN, Francisco Foot; LEONARDI, Victor. História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte. São Paulo: Globo. ed. 1982. p. 109.

à industrialização requeria o enquadramento jurídico das relações de trabalho.¹⁵¹

Salienta-se que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a abordar questões sociais, dentre elas o pluralismo sindical, bem como a fixar a jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias. E em 1937 o Estado reconheceu os sindicatos.

Observamos que a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943 é fruto do amadurecimento de uma legislação discutida desde 1930, que reuniu leis de caráter individual, coletivo e processual.

A Constituição Federal de 1946 possui nítido caráter democrático o que, consequentemente, tendo iniciado, em 1964, um período em que o foco é a economia, uma vez que a considera mais importante que direitos sociais.

Dentre as medidas do período supramencionado, as mais relevantes são: (i) a política salarial e seu congelamento a fim de combater a inflação, e (ii) aprovação da lei 5.107 de 1966 que cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), atualmente disciplinado pela lei 8.036 de 11 de maio de 1990.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dá-se a mudança do Estado liberal para o Estado social, eis que é reconhecidamente uma constituição democrática e que trouxe grande evolução em termos do direito coletivo, conforme preconiza os artigos 8^a e 9^a.

E ainda, os artigos 6^a e 7^a da atual Constituição Federal dispõem não só sobre os direitos individuais, mas afirmam que o direito do trabalho é um direito social dentre os direitos fundamentais, os quais tem aplicação imediata.

A Constituição de 1988 vai além dos direitos individuais e coletivos. Isto porque, no artigo 7^a, traz três hipóteses de flexibilização dos direitos trabalhistas sob tutela sindical, o que, por conseguinte, reforça a participação dos sindicatos na esfera de regulação dos direitos dos trabalhadores.

Logo, notamos que o direito do trabalho tem por finalidade a concretização dos valores socialmente estabelecidos e integrantes do papel do Estado.

3.A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1^a, incisos III e IV, alça o trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, revelando assim, a importância do

151 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 80-81.

trabalho como condição de dignidade ao indivíduo,¹⁵² e no artigo 6º inclui o trabalho ao rol dos direitos sociais.¹⁵³

Não obstante, o artigo 7ª da Constituição Federal elencou alguns dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a fim de proporcionar melhores condições sociais, dentre eles a garantia do salário mínimo, a regulamentação do limite da jornada de trabalho, férias, assegurou o direito a aposentadoria e normas de segurança, saúde e higiene do trabalho.

Frisa-se que o referido rol é exemplificativo, tendo em vista que os direitos sociais não são absolutos. E ainda, conforme exposto por Alexandre de Moraes, “os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública com características de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes”.¹⁵⁴

Assim, por meio da análise dos dispositivos constitucionais, verifica-se que “o Estado é responsável por garantir o bem comum e com a finalidade de assegurar a justiça deverá promover as políticas e instrumentos necessários para efetivação e fiscalização do efetivo cumprimento dos direitos trabalhistas.”¹⁵⁵

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 possui nítido caráter protetivo aos direitos sociais, inclusive ao trabalho, pois na medida em que o Estado amplia as novas oportunidades para ascensão do indivíduo no mercado de trabalho, este dignifica a vida e resguarda a sua sobrevivência.

3.1. Os princípios de Direito do Trabalho

Inicialmente, cumpre mencionar que há na doutrina contemporânea a discussão entre o conceito da norma jurídica e a distinção entre regras e princípios¹⁵⁶, bem como qual a melhor forma de aplicar os princípios. Trata-se de discussão complexa a qual realizaremos apenas uma breve contextualização.

152 RIBEIRO, Ronei Plácido. *Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua Efetividade Jurisdicional*. p. 29. Bacharel em Direito. Fundação Universidade Federal de Rondônia, 2015.p. 29.

153 CLEMENTE, Bruno Ernesto. *Vínculo Empregatício: interpretação judicial do direito fundamental à relação de emprego protegida e seus efeitos*. p. 14. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2015.

154 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 196.

155 RIBEIRO, Ronei Plácido. *Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua Efetividade Jurisdicional*. p. 29. Bacharel em Direito. Fundação Universidade Federal de Rondônia, 2015.p. 31.

156 SOUSA, Felipe Oliveira de. O Raciocínio Jurídico entre princípios e regras. *Senado*. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3>. Acesso em 27/07/2016, 19:24.

A partir da segunda metade do século XX¹⁵⁷, verifica-se o rompimento com o positivismo ortodoxo, o qual sofre inúmeras críticas através do desenvolvimento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, os quais sustentam que os princípios são fontes imediatas do direito, podendo ser aplicados sumariamente à lei. Nesse sentido, Dworkin afirma que devemos tratar os princípios como direito¹⁵⁸ (2002, p 44), senão vejamos: “Às vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se a uma questão de forma.”

Pois bem, Robert Alexy, em seu livro *A Teoria dos Direitos Fundamentais*, dispõe que princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica, bem como a distinção é qualitativa, ou seja, os princípios são mandamentos de otimização sendo aplicados de acordo com o caso concreto na medida do possível. Em contrapartida, as regras são mandamentos definitivos, sendo aplicadas por completo, podendo ser executada ou não¹⁵⁹.

Desta forma, a maneira de se aplicar princípios e regras deve ser distinta em caso de conflito entre normas. Para a regra, utiliza-se da subsunção, a qual determina que se deve aplicar a regra por inteiro e a outra regra, que com ela conflitar, será descartada. Todavia, quando há conflitos entre princípios, deve-se aplicar o sopesamento, no qual o aplicador deve ponderar mediante a análise do caso concreto qual princípio possui a maior força⁸.

Sendo assim, a doutrina consente sobre a aplicação de princípios na resolução dos conflitos e admite a importância desse debate a fim de aprimorá-los e desenvolver novos meios de aplica-los de modo eficiente.

Desta feita, o novo direito constitucional reconhece que tanto o princípio quanto uma regra positivamente consolidada podem impor obrigações legais aos indivíduos, sendo de extrema importância a sua análise para o desenvolvimento deste estudo jurídico. Vejamos, pois, alguns princípios consagrados.

3.1.1 Princípio da Primazia da Realidade

Para o Direito do Trabalho, a realidade dos fatos prevalece sobre as cláusulas contratuais ou documentos, ainda que em sentido contrário.

Sobre o tema, Arnaldo Sussekind afirma:

157 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Edição 25. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 264p.

158 DWORKIN, Ronald. *Levando os Princípios a Sério*. Trad Nelson Boeira. Edição 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 44p.

159 REVISTA ELETRÔNICA NOVOS ESTUDOS – CEBRAP. n° 85. São Paulo, 2009. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002009000300013>. Acesso em 27/07/2016, 20:05.

“que a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não corresponda à realidade”¹⁶⁰

Assim, a fim de melhor visualizar o ocorrido de fato na relação entre empregado e empregador, se faz necessário aprofundar na prática efetivada ao longo do contrato de trabalho.

Desta forma, a prática habitual, altera o contrato de trabalho celebrado entre as partes, constituindo, inclusive novas obrigações e direitos, vejamos:

“Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação).”¹⁶¹

3.1.2 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego tem por objetivo “atribuir à relação de emprego a mais ampla duração possível, sob todos os aspectos”¹⁶²

Isto porque, a própria natureza humana incentiva o indivíduo a buscar estabilidade em suas relações sociais, inclusive no trabalho.

Pressupõe-se que ao aceitar o emprego, a intenção do trabalhador é permanecer na empresa. O propósito do homem médio é a estabilidade financeira, presumindo-se que todos visam a um emprego que proporcione referida segurança.

Desta feita, não resta dúvida de que o vínculo de trabalho duradouro testemunha progressos pessoais e familiares do trabalhador, já que a estabilidade no emprego oferece uma base sólida, especialmente no aspecto social, permitindo que o trabalhador desfrute do bem-estar físico, mental e social.

160 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999, v. 1, p. 173.

161 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15.ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 211.

162 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípio de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 244.

3.1.3. Princípio da Continuidade da Empresa, ou da Preservação da Empresa, ou Função Social da Empresa

O princípio da preservação da empresa foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988.

Desde então, notou-se que a empresa exerce um papel fundamental para a sociedade, tendo em vista que além do desenvolvimento econômico, promove o desenvolvimento social e dos indivíduos, por meio da necessidade de mão de obra especializada.

Assim, tal princípio afirma que em caso de dúvida sobre a continuidade da empresa ou não, há de ser priorizado a sua sobrevivência, prevalecendo os interesses a médio e longo prazo.

A manutenção das empresas é de interesse coletivo, uma vez que possui uma função social ao gerar empregos, tributos, circulação de mercadorias e produtos, dentre outros, contribuindo para o desenvolvimento do país.

Sob tal enfoque, é necessário preservar os interesses das empresas não somente em caso de dissolução e falência, mas também e principalmente daquelas que estão em funcionamento e solventes, a fim de incentivar a sua manutenção e que exerça sua função social.

4. A PROTEÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A legislação brasileira adotou a teoria do tempo à disposição do empregador, sendo que o artigo 4^a, caput, da CLT prevê que a jornada de trabalho é o tempo que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do contrato de trabalho.

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado esclarece:

“Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula. A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato – o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Por ela mensurar-se, também, em princípio, objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador no contexto de uma relação empregatícia. É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da

principal obrigação obreira (prestação de serviço) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados). [...]”¹⁶³

A jornada de trabalho está diretamente ligada ao salário em razão da transferência de força de trabalho que se opera. Segundo os ensinamentos de Délio Maranhão, o salário seria o preço atribuído à força de trabalho alienada, e a jornada despontaria como a medida dessa força que se aliena, ou seja, a redução ou ampliação da jornada de trabalho influencia automaticamente no salário hora.¹⁶⁴

Cumpra mencionar que, atualmente, a jornada de trabalho também está diretamente associada à saúde no trabalho. Deste modo, os dispositivos legais relacionados à jornada de trabalho não são somente normas de caráter econômico, mas também normas de segurança e saúde do trabalhador, normas de saúde pública.¹⁶⁵

Nessa esteira, Vólia Bomfim Cassar estabelece que a delimitação do tempo de duração do trabalho se justifica a partir de três aspectos importantes, quais sejam: (i) biológicos, (ii) sociais e (iii) econômicos. Vejamos:

“[...] A limitação do tempo de duração do trabalho tem como fundamento três aspectos importantes: biológicos, sociais e econômicos.

a) biológicos: O excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário.

b) sociais: O trabalhador que executa seus serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família e amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador.

c) econômicos: Um trabalhador cansado e estressado produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão.”¹⁶⁶

Assim, em razão dos impactos da jornada de trabalho a vida dos empregados, tem-se de suma importância a sua regulamentação e proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

163 DELGADO. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 8ª Edição, LTR, São Paulo: 2009, p. 927.

164 MARANHÃO. Délio. Direito do Trabalho. 14. Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 83.

165 DELGADO. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 8ª Edição, LTR, São Paulo: 2009, p. 928.

166 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho, 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 611.

4.1. **Conceitos de jornada e horário de trabalho**

De plano, para melhor compreensão do tema, necessário se faz diferenciar os conceitos da jornada e horário de trabalho.

A jornada, significa duração de trabalho diário.¹⁶⁷ Nesse sentido, Sergio Pinto Martins expõe:

“[...] jornada diz respeito ao número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa.”¹⁶⁸

Importante esclarecer, que o conceito supramencionado, é no sentido técnico, sendo imprópria a referência à jornada semanal, mensal e anual.

Além disso, cumpre mencionar que o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal¹⁶⁹, fixou a duração normal de trabalho em até oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação por acordo ou convenção coletiva.

Quanto ao conceito do horário de trabalho, está relacionado a hora de entrada e de saída do trabalhador no emprego.¹⁷⁰

Segundo Arnaldo Süssekind, o horário de trabalho:

“é a fixação dos momentos em que deve ter início e fim a jornada normal de trabalho e, se for o caso, do intervalo para descanso ou refeição. [...]”¹⁷¹

Assim, verifica-se que o horário de trabalho a ser ajustado entre empregado e empregador pode ser diurno, noturno ou misto. Vale dizer, a duração do trabalho é o gênero do qual são espécies a jornada, o horário de trabalho e os intervalos.

Nesse sentido, Maurício Delgado Godinho expõe que a duração do trabalho: “Abrange o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato, considerados distintos parâmetros de mensuração:

167 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 611.

168 PINTO, Sergio. *Direito do Trabalho*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.437.

169 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09/08/2021.

170 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*, 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 612.

171 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. II, p. 808.

dia (duração diária, ou jornada), semana (duração semanal), mês (duração mensal), e até mesmo ano (duração anual)". 172

5. AS TRANSFORMAÇÕES DECORRENTES DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Vivemos em um mundo da hiperconectividade e de uma sociedade da informação, denominada Quarta Revolução Industrial que, por meio do avanço exponencial de novas tecnologias, influenciou diretamente nas relações de trabalho.¹⁷³

Com o advento da Quarta Revolução Industrial as relações entre empregados e empregadores sofreram novas e intensas alterações, em razão da interação de tecnologias inovadoras, cumprindo citar, a título exemplificativo, a manufatura digital, internet das coisas, inteligência artificial e robótica avançada. 174

Sob este cenário de grandes avanços tecnológicos e inovação que mudaram a forma de interação do trabalhador com a produção, as normas que regem as relações trabalhistas devem se adaptar a essa nova forma de trabalho.

Cumprindo mencionar que a Quarta Revolução Industrial é baseada na digitalização de diversos produtos, serviços e processos, com o oferecimento de soluções inteligentes e tecnológicas em diversas áreas do cotidiano, capazes de integrar o mundo físico ao mundo virtual da tecnologia digital e da internet.¹⁷⁵

A partir da interação das novas tecnologias, a Quarta Revolução Industrial visa à maior competitividade, permitindo a maior produtividade, redução de custos, economia de tempo, ou seja, maior eficiência e melhor controle de qualidade, sendo certo que essas tecnologias alteraram a forma de trabalhar e impactaram diretamente nas relações de trabalho.¹⁷⁶

Conforme estudo encomendado pelo World Economic Fórum no Brasil no ano de 2016, dentre as cinco principais categorias do direito do trabalho que sofreram maiores

172 DELGADO. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 8ª Edição, LTR, São Paulo: 2009, p. 931

173 CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no direito do trabalho, Salvador. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Número 239. 2020. p. 29.

174 CNI. Confederação Nacional da Indústria. Relações trabalhistas no contexto da indústria 4.0 / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2017, p.17.

175 CNI. Confederação Nacional da Indústria. Indústria 4.0: novo desafio para a indústria brasileira. Brasília: CNI, 2016b, p. 18.

176 CNI. Confederação Nacional da Indústria. Indústria 4.0: novo desafio para a indústria brasileira. Brasília: CNI, 2016b, p. 20.

impactos pela Quarta Revolução Industrial, verificamos exatamente a questão da jornada de trabalho,¹⁷⁷ e que justifica a análise da flexibilização do trabalho sob a ótica da Quarta Revolução Industrial e das alterações promovidas pela lei 13.467/2017.

5.1 A flexibilização do trabalho na modernidade

As novas tecnologias impulsionaram a flexibilização do trabalho e de forma significativa impactaram na maleabilidade da carga horária e seu modo de cumprimento, bem como no local de trabalho e nas negociações coletivas de trabalho. Nesse sentido, as plataformas digitais, irão impactar na jornada de trabalho, haja vista que possibilitam maior flexibilização da jornada de trabalho.

Além da jornada de trabalho, o local de trabalho também será bastante afetado, e assim, haverá sua flexibilização em razão das novas máquinas autônomas e plataformas digitais.

Apenas a título exemplificativo, as plataformas de *crowdworking*, possibilitam maior liberdade ao empregado, eis que proporcionam a realização de suas atividades independentemente do local físico.¹⁷⁸

Conforme um estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em 2016, verifica-se que a maior flexibilização da jornada de trabalho é um desejo dos próprios trabalhadores.¹⁷⁹

Cumprir mencionar que a maior flexibilização da jornada e do local de trabalho devem seguir os princípios do direito do trabalho, e também a própria Constituição Federal que, no artigo 7^a, caput, assegura os direitos trabalhistas mínimos, bem como a legislação trabalhista.

Sob este cenário de hiperconectividade, em que a evolução da tecnologia influenciou diretamente nas relações de trabalho, a Lei 13.467/2017 trouxe alterações em relação às questões que envolvem a jornada de trabalho, com o intuito de possibilitar a maior adequação das relações de trabalho e sua flexibilização com as mudanças advindas da Quarta Revolução Industrial.

Por fim, ressalta-se a relevância das negociações coletivas de trabalho que também sofreram grande influência da Quarta Revolução Industrial, uma vez que referido

177 WORD ECONOMIC FORUM. The future of jobs: employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution. [S.l.]: World Economic Forum, 2016.

178 CNI. Confederação Nacional da Indústria. Indústria 4.0: novo desafio para a indústria brasileira. Brasília: CNI, 2016b, p. 42.

179 CNI. Confederação Nacional da Indústria. Retratos da Sociedade Brasileira: flexibilidade no mercado de trabalho. Brasília: CNI, 2017.

instrumento poderá ser utilizado para negociar as condições do trabalho e adequá-lo às novas dinâmicas do trabalho.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com objetivo de reflexão acerca dos impactos da Quarta Revolução Industrial na jornada de trabalho, foi realizada a abordagem histórica da evolução do direito do trabalho e da proteção a jornada de trabalho.

Ato contínuo, analisamos os conceitos da jornada de trabalho, e ainda, examinamos minuciosamente as transformações decorrentes da Quarta Revolução Industrial, e estudamos os limites de flexibilização da jornada de trabalho na modernidade.

A partir dos estudos realizados, podemos compreender a evolução e os impactos da Quarta Revolução Industrial na jornada de trabalho, justificando a conclusão de que as relações de trabalho estão diante de uma nova realidade, sendo necessária a regulação trabalhista adequada para que seja possível otimizar os benefícios das inovações tecnológicas, que contribuem de forma direta para o aumento da produtividade e competitividade, sem olvidar os direitos mínimos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores nem os princípios que regem o Direito do Trabalho.

7. REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos do Trabalhador. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/copia_de_vjklNm-170407a.pdf. Acesso em 20/08/2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09/08/2021

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Palácio do Planalto Presidência da República. Acesso em: 09/08/2021

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho: Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. Palácio do Planalto Presidência da República. Acesso em: 09/08/2021.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Edição 25. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 264p.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho, 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 611.

CLEMENTE, Bruno Ernesto. Vínculo Empregatício: interpretação judicial do direito fundamental à relação de emprego protegida e seus efeitos. p. 14. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2015.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. Relações trabalhistas no contexto da indústria 4.0 / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2017, p.17.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. Indústria 4.0: novo desafio para a indústria brasileira. Brasília: CNI, 2016b, p. 20.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. Retratos da Sociedade Brasileira: flexibilidade no mercado de trabalho. Brasília: CNI, 2017.

CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no direito do trabalho, Salvador. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Número 239. 2020. p. 29.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 80-81.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15.ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 211.

DWORKIN, Ronald. Levando os Princípios a Sério. Trad Nelson Boeira. Edição 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 44p.

HARDMAN, Francisco Foot; LEONARDI, Victor. História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte. São Paulo: Globo. ed. 1982. p. 109.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p.40.

MARANHÃO. Délio. Direito do Trabalho. 14. Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1987, p. 83.

MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Atlas, 2003. p. 36

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 196.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 7ed. São Paulo: LTr, 1995. p.5

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: historia e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.4

NASCIMENTO, Cristina Renata Hoffman: A efetividade do direito do trabalho. p. 11. Mestrado em Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., São Paulo, 2011.

PINTO, Sergio. Direito do Trabalho. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.437.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 244.

REVISTA ELETRÔNICA NOVOS ESTUDOS – CEBRAP. nº 85. São Paulo, 2009. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002009000300013>. Acesso em 27/07/2016, 20:05.

RIBEIRO, Ronei Plácido. Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua Efetividade Jurisdicional. p. 29. Bacharel em Direito. Fundação Universidade Federal de Rondônia, 2015.p. 29.

SANTOS, Daniel Moita Zechliski dos. Flexibilização da Norma Trabalhista no Brasil. p. 17. Mestrado em Direito. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2005

SOUSA, Felipe Oliveira de. O Raciocínio Jurídico entre princípios e regras. Senado. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3>. Acesso em 27/07/2016, 19:24.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. São Paulo: Editora LTr, 1987, p. 124. Id. Ibid., 113.

WORD ECONOMIC FORUM. The future of jobs: employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution. [S.l.]: World Economic Forum, 2016.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

CAMILA LIBÓRIO DA COSTA DIAS:
Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário Fаметro.

Resumo: A presente pesquisa tem como foco verificar a aplicação do mecanismo da Justiça Restaurativa em casos de violência contra mulher, a fim de propor medidas alternativas que venham a quebrar esse ciclo vicioso. O principal objetivo da Justiça Restaurativa nesse caso específico é o acompanhamento das penas e decisões deferidas pelo Juízo, referente ao agressor não se tornando meramente uma assistência social ou de tratamento, mas sim esclarecer todos os aspectos a respeito da violência contra mulher bem como citar a Lei 11.340/2006 Lei Maria da Penha e dados informativos e estatísticos sobre vítimas de violência no Brasil. Diante do exposto, tal tema é de suma relevância não somente pela sua atualidade, mas por trazer tratamentos atuais na modalidade de pena, mas como auxílio na ressocialização.

Palavra-Chave: Justiça Restaurativa. Violência contra mulher. Direito Penal

Sumário: 1. Introdução; 2. Justiça restaurativa; 2.1. Conceito de justiça restaurativa; 2.2. O início dos estudos sobre justiça restaurativa e sua aplicação em caso de violência contra mulher; 2.2.1. Lei nº 11.340- lei maria da penha; 2.2.2. A eficácia dos métodos restaurativos em homens agressores; 3. Conclusão; 4. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um fenômeno que está diariamente presente na sociedade brasileira, seja de forma direta ou indireta. Felizmente, atualmente, a mulher atingiu grande evolução dentro da sociedade, no entanto, ainda busca alcançar a total igualdade de gêneros que está prevista na nossa Constituição Federal de 1988.

A violência contra a mulher é um litígio do qual envolve uma maior complexidade, visto que está violência não afeta somente a integridade física da vítima, mas também a sua integridade moral. Decorrente desses aspectos é possível destacar a justiça restaurativa como um meio alternativo ou secundário para enfim, ser obtido um resultado eficaz no que diz respeito aos crimes envolvendo o sexo feminino.

Diante dos fatos, o objetivo da Justiça Restaurativa é o acompanhamento das penas e decisões deferidas pelo juízo, referente ao agressor, nesse caso o serviço que será prestado será de cunho obrigatório e pedagógico e não meramente uma assistência social ou de tratamento. Através de reuniões será possível esclarecer o que é violência contra mulher bem como citar sua lei e dados informativos e dados estatísticos sobre vítimas de

violência no Brasil.

A intenção é que no espaço proposto os mesmos possam se expressar, trazendo suas impulsividades à tona, para que seja viabilizado um ambiente terapêutico a respeito do tema abordado, visando sempre esclarecer e contribuir para erradicação da violência contra mulher, a fim de propiciar uma compreensão sobre a lei e seu cumprimento da pena, visando assim um melhor convívio familiar.

Tal relevância do tema, se dá por tentar compreender o que impulsionou tal agressão contra mulher, de modo dinâmico promover que estes homens expressem suas motivações para cometer o ato de violência, como sentimentos, atos impulsivos, o que o levou a agressão e promover reflexão sobre estes.

Estatísticas têm comprovado a eficácia da justiça restaurativa no tratamento pena e na diminuição da reincidência de casos de violência contra mulher. Segundo dados colhidos do Juizado de Violência Doméstica contra Mulher de São Gonçalo, Rio de Janeiro, referentes ao ano de 2009, menos de 2% dos homens que praticam violência doméstica contra mulher participam de algum programa de pena alternativa e acabam voltando a agredir suas companheiras. Uma pesquisa feita na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher, de São Luiz no Maranhão, onde não havia métodos de pena alternativa, revelou de 75% dos agressores eram reincidentes, um número superior a taxa de reincidência no Estado de São Paulo, que era de 58%, e no País que era de 70%, em 2009.

Diante dos fatos narrados acima, verifica-se a relevância deste tema não por ser atual, mas por trazer tratamentos atuais na modalidade de pena, mas como também um auxílio na ressocialização e reintegração do agressor na sociedade, a fim de que o mesmo não volte a praticar tais atos.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

2.1 Conceito de Justiça Restaurativa

O termo Justiça Restaurativa é atribuído a Albert Eglash que em 1977 escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada "*Restitution in Criminal Justice*". O artigo sustentou que havia três respostas ao crime, a retributiva, baseada na punição; a distributiva focada na reeducação e a restaurativa que o foco seria a reparação.

A prática restaurativa tem como fundamento maior reparar o mal causado pela prática do ilícito, que não é visto, *a priori*, como um fato jurídico contrário á norma positiva imposta pelo Estado, mas sim como um fato ofensivo à pessoa da vítima e que quebra o pacto de cidadania reinante na comunidade. Portanto, o crime, para a justiça restaurativa,

não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça Restaurativa identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa relação e do trauma causado e que deve ser restaurado.

A base de sua força é o diálogo, no envolvimento emocional das partes, na reaproximação delas, é fundamental esclarecer que não há ênfase para a reparação material na Justiça Restaurativa. Dessa feita, a reparação do dano causado pelo ilícito pode ocorrer de diversas formas, seja moral, material ou simbólica, o ideal reparador é o fim almejado por esse meio alternativo de justiça e o consenso fruto desse processo dialético pode resultar em diferentes formas de reparação.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal e caracterizado pelo encontro e inclusão. A voluntariedade é absoluta, uma vez que os componentes da comunidade protagonistas desse modelo alternativo de justiça (autor e vítima) livremente optam por esse modelo democrático de resolução de conflito. A informalidade também é sua característica, distanciando-se do formalismo característico do vigente processo penal. O encontro é requisito indispensável para o desenvolvimento da técnica restaurativa, pois o escopo relacional, intrínseco a esse modelo alternativo, é a energia para se alcançar democraticamente uma solução para o caso concreto, é fácil entender porque a inclusão também é regra da prática restaurativa, uma vez que os cidadãos contribuem diretamente para o processo de pacificação social. Na justiça tradicional, ao revés, o Estado impõe a vontade da lei e o distanciamento dos envolvidos na relação litigiosa é latente, cabendo-lhes, apenas, um papel de meros coadjuvantes.

2.2 O início dos estudos sobre justiça restaurativa e sua aplicação em casos de violência contra mulher

O debate acerca da aplicação da pena a infratores que ultrapassam a lei e cometem atos delituosos que causam lesões e danos a terceiros, abre precedentes para diversas interpretações jurídicas. Conforme a sociedade vai evoluindo, vêm se criando métodos e modelos de sistemas penais para coibir os atos de violência praticados a fim de obter a pacificação em prol do bem comum. A ideia principal da função da pena do Sistema penal Brasileiro, além de intimidar e reeducar, e tê-la como uma característica de retribuição do mal causado pelo ofensor a vítima.

A respeito da violência doméstica contra mulher, o ordenamento jurídico brasileiro trouxe diversos avanços, como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), visando aplicação penal ao agente agressor. Para tanto, a justiça retributiva dificultou a possibilidade de conciliação entre as partes conflitantes, dando ênfase a culpabilidade e estigmatização do infrator. Com isso, surge o seguinte questionamento: a punição do agressor que cometeu crime de violência, como consequência do dano causado corresponde verdadeiramente ao sentimento de justiça da vítima?

A partir dessas noções, foram levantadas as seguintes hipóteses: a ineficácia das soluções punitivas tradicionais está fazendo com que as práticas restaurativas sejam aplicadas com mais frequência nos casos de violência doméstica contra mulher, onde a vítima e o ofensor mutuamente buscam resolver seus conflitos. Com isso, o cárcere e os mecanismos tradicionais do sistema jurídico-punitivo não são suficientes para a prevenção e solução de problemáticas desta natureza.

O surgimento da Justiça Restaurativa como modelo jurídico alternativo visa coibir crimes de violência doméstica contra mulher por meio do direito ao diálogo entre as partes envolvidas, podendo ser realizada a reintegração do ofensor, a reparação dos danos, ou de outras formas de reestabelecer a paz social interrompida pelo delito.

Em relação ao tratamento, à prevenção e atenção da violência, voltadas para homens e mulheres, Saffioti (2004, p.68) aponta a necessidade de trata-las como uma relação, no caso uma relação de gênero:

As pessoas envolvidas na relação violenta devem ter o desejo de mudar. É por esta razão que não se acredita numa mudança radical de uma relação violenta, quando se trabalha exclusivamente com a vítima, sofrendo estas algumas mudanças, enquanto a outra parte permanece sempre o que foi. Mantendo seu hábito, a relação pode inclusive, torna-se ainda mais violenta. Todos percebem que a vítima precisa de ajuda, mas poucos veem esta necessidade no agressor. As duas partes precisam de auxílio para promover uma verdadeira transformação da relação violenta. (SAFFIOTI,2004, p.68)

As famílias que vivem situações de violência tendem ao isolamento, seja por sua iniciativa, pelo sentimento de vergonha que a situação gera, seja pelo preconceito de outros em relação à problemática. No interior da própria família, o silêncio sobre o tema se impõe, por medo ou pela impossibilidade de se achar uma solução ou para evitar reviver o sofrimento. A consequência é mais silêncio, pois não se pode tocar no assunto nem em outros que possam lembra-lo e assim e assim sucessivamente. Nas ações de atenção voltadas para essas famílias ou para seus membros é extremamente oportuno incluir atividades conectivas com outras pessoas, famílias ou grupos. Além, claro da devida conexão com as redes de justiça e a de atenção ou serviços.

A justiça restaurativa vem com pressupostos que viabilizam uma melhor forma de resolução de conflitos, sendo neste sentido a melhor forma para que se consiga atingir a solução para todas as situações possíveis, como modelo complementar, deixando de lado apenas aquela visão que trabalha apenas em cima da visão de punir tão somente, buscando-se restaurar, como se faz necessário na violência intrafamiliar. Com a finalidade de se alcançar uma cultura de paz e uma sociedade saldável. Contudo, a justiça restaurativa

faz-se presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma a melhor resolver os conflitos decorrentes de violências. Necessitando de reparação portanto os conflitos existentes entre marido e esposa, sendo as pessoas que conhecem e matem relações afetivas as principais personagens.

Esse tipo de pena alternativa não se aplicará a todos os homens nem a todos os crimes de violência contra mulher. Sendo assim aqueles homens autores de violência doméstica, que não cometeram outro crime a não ser a violência contra mulher e não possuem antecedentes criminais, diferenciando-se daqueles indivíduos que cometeram crimes graves contra mulher como estupro, tentativa de homicídio e homicídio já com histórico de violência contra outras pessoas além da parceira.

Atualmente, ainda poucos tribunais utilizam a técnica nessa área. Um dos estados com exemplo desse trabalho é o Paraná. Em Ponta Grossa, cidade com 341 mil habitantes, a Justiça Restaurativa vem sendo aplicada desde 2015 nos casos de violência doméstica e, segundo a juíza Jurema Carolina Gomes, da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), são elevados os índices de satisfação entre os participantes, o projeto não tem o intuito de substituir a prestação jurisdicional da Justiça tradicional, nem semear a ideia de impunidade ao agressor, mas possibilitar um método, com base no diálogo, para o reconhecimento e a responsabilização dos atos praticados. “Mais do que ter violado uma lei, queremos que essa pessoa entenda que causou um dano a alguém e que esse dano precisa ser reparado, ainda que simbolicamente”, diz a magistrada Jurema Carolina Gomes.

O método promove intervenções focadas na reparação dos danos, no atendimento das necessidades da vítima e na responsabilização do ofensor com objetivo de promover a pacificação das relações sociais. Pode ser utilizada em crimes graves, sem necessariamente excluir o sistema criminal, pois, de fato, não deve ser excluyente de pena ao agressor. Não há um momento ideal de iniciar as práticas restaurativas: ela pode ocorrer na fase anterior à acusação, na fase pós-acusação (antes do processo), assim como na etapa em juízo, tanto antes do julgamento quanto durante o tempo da sentença. E pode ser uma alternativa à prisão ou fazer parte da pena.

O sistema jurídico retributivo e o restaurativo podem coexistir, sendo necessário que cada caso seja analisado criteriosamente, levando em consideração as circunstâncias de cada caso, bem como os papéis da vítima e do infrator frente a situação conflituosa, sempre observando aplicação da Lei Penal.

2.2.1 Lei nº 11.340- Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, define a violência doméstica e familiar contra a mulher como crime e aponta formas de evitar, enfrentar e punir essa violência. Com a lei, a autoridade judicial ou policial pode conceder medidas

protetivas de urgência, que são ações para proteger a mulher, como o afastamento do agressor/a do lar, proibição de contato com a vítima e testemunhas, suspensão do porte de armas, encaminhamento da mulher a programas de proteção, entre outras.

A lei protege a vítima mulher e o agressor pode ser homem ou mulher, que tenha relação de afeto ou convivência ou seja podem ser maridos/esposas, companheiros/as, namorados/as (que morem juntos ou não) e outros/as familiares (pai, mãe, irmão, irmã, filhos/as, genro, nora, etc).

O nome da lei é uma homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que em 1983, enquanto dormia, recebeu um tiro do então marido, ficando paraplégica. Depois de se recuperar, foi mantida em cárcere privado, sofreu outras agressões e nova tentativa de assassinato, também pelo marido, procurou a Justiça e conseguiu deixar a casa com as três filhas.

Importante frisar, que para que sejam configurados os crimes envolvendo violência doméstica ou familiar e, por conseguinte, aplicação das disposições normativas da Lei Maria da Penha, faz-se necessário observar um elemento específico contido na *caput* do art. 5º, portanto não se trata de qualquer espécie de violência dirigida contra a mulher que vai determinar sua aplicação, mas, sim, aquela levada a efeito em decorrência do gênero, ou seja, não se trata de exemplificar, mas de obrigatoriedade da norma.

Desde sua vigência até a data atual a Lei Maria da Penha passou por diversas alterações, a primeira alteração na Lei Maria da Penha é proveniente da **Lei nº 13.505/2017**, que acrescenta alguns dispositivos na Lei de Violência Doméstica determina, entre outras mudanças, que o trabalho prestado de atendimento à mulher vítima de violência doméstica deve ser prestado, preferencialmente, por servidoras do sexo feminino previamente capacitadas.

A lei também dá garantias quanto às perguntas e questionamentos que devem priorizar a saúde psicológica e emocional da mulher; protegê-la do contato com os agressores; e evitar a revitimização, ou seja, questionamentos sucessivos sobre o mesmo fato em diferentes fases do processo. Também foram incluídas novas diretrizes quanto ao local do atendimento e registro dos depoimentos.

As políticas e planos de atendimento às mulheres em situação de violência devem priorizar, segundo a Lei 13.505, a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher.

Já no ano de 2018 houve o advento de duas leis (Lei nº 13.772, de 2018 e Lei nº 13.641, de 2018) que proveram outras mudanças no texto da Lei Maria da Penha, a Lei nº

13.772/2018 trouxe um avanço ao art. 7.º, inciso II, onde alterou para expressamente constar que a “violação da intimidade” da mulher constitui uma forma de violência no âmbito doméstico, em que o legislador ordinário a inseriu como violência psicológica. Já a **Lei nº 13.641/2018** alterou a Lei Maria da Penha e passou a prever como crime a conduta do agente que descumprir medida protetiva imposta, ou seja, referida Lei incluiu um novo crime, um tipo penal específico para essa conduta.

Mas as mudanças mais relevantes na Lei aconteceram no ano de 2019, foram mais de 23 alterações legislativas, realizadas por diversas leis tais como; Lei nº 13.894/2019: A Lei citada trouxe três alterações importantes, inseriu um novo inciso ao art. 9º §2º, trazendo ao juiz, nas situações que envolvem violência doméstica e familiar contra mulher, quando for o caso, a incumbência de encaminhar à assistência judiciária, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente.

A segunda mudança, acrescentou uma nova redação ao art. 11, inciso V, e insere o art. 14-A e seus parágrafos e traz a atribuição de o Delegado de Polícia informar à ofendida os direitos a ela conferidos e os serviços a ela disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento perante o juízo competente da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável.

A terceira alteração da Lei Maria da Penha, trouxe um acréscimo na redação do art. 18, inciso II, de modo que o juiz diante do recebimento de medida protetiva de urgência requerida pela vítima, deverá decidir em 48 (quarenta e oito) horas. A Lei nº 13.871, de 2019 criou a obrigação de ressarcimento ao Estado pelos gastos relativos ao atendimento da vítima através do Sistema Único de Saúde (SUS), para aquele que por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher.

Criou ainda outra sanção ao agressor, qual seja, de ressarcir os gastos estatais a utilização dos dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas.

Lei nº 13.880, de 2019: Instituiu a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, evitando que o agressor a utilize para qualquer finalidade e que a arma possa ser periciada e utilizada como prova no processo. E ainda suspende a posse proibindo, temporariamente, que o agressor tenha a arma no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, deste que este seja responsável legal da empresa. **Lei nº 13.836, de 2019:** Torna obrigatória a inclusão de informação, nos boletins de ocorrência, quando a mulher vítima de agressão ou violência doméstica for pessoa com deficiência.

Lei nº 13.827, de 2019: Tal alteração legislativa permite que as medidas protetivas,

no âmbito da Lei Maria da Penha, sejam aplicadas por Delegado de Polícia ou por policiais, com chancela a posteriori do Poder Judiciário.

Lei nº 13.984, de 2020: A mais recente alteração legislativa surge para estabelecer como medidas protetivas de urgência a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

Deste modo, é importante observar que existem vários Projetos de Lei em andamento no Congresso Nacional, que visam promover diversas alterações na Lei Maria da Penha. A Lei 11.340/2006 é uma das conquistas adquiridas pela luta da mulher por maiores benefícios, garantias e proteção. É sempre importante falar sobre sua história, modificações e aplicação, de modo a se compreender que é uma das maiores, se não a maior, lei de proteção à mulher no território brasileiro e não por acaso, considerada pela ONU uma das três melhores leis do mundo na proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Enquanto o entendimento de muitos Juristas quanto a Lei Maria da Penha seja considerada como um método inteiramente eficaz no combate a violência doméstica, existem outros que entendam que a Lei não demonstra tamanha eficácia para o enfrentamento a violência de gênero, uma vez que tais ocorrências são derivadas de vínculos afetivos ou de um parentesco que existe ou existiu, como em casos de casais divorciados que necessitem manter contato em virtude dos filhos ou em términos não bem aceitos por ambas as partes. Desta forma, a mulher permanece condicionada ao medo e abuso, pois somente punir o agressor sem ter conhecimento dos fatos geradores, não transforma a vida das pessoas.

2.2.2 A eficácia dos métodos restaurativos em homens agressores

As atividades restaurativas tiveram início no Brasil em 2005, e desde então tem se expandido por todo o território nacional, trazendo resultados e experiências positivas, por observar atentamente os desafios e potenciais do contexto institucional da comunidade de cada região. Diante deste cenário o Conselho Nacional de Justiça publicou em 31 de maio de 2016 a Resolução nº 225/2016, a qual institui as Políticas Públicas de Justiça Restaurativa, sendo responsável pela formalização do procedimento restaurativo na esfera judicial.

De acordo com a Resolução nº 225/2016:

O primeiro passo para uma melhor compreensão da pretendida mudança de paradigmas objetivadas pela Justiça Restaurativa, está em investigar os motivos mais profundos que, em regra, levam as pessoas à transgressão e, nesse âmbito, verificar como a imposição

da sanção penal por meio dos 12 procedimentos puramente punitivos é recebida no âmbito do consciente ou do inconsciente desse ofensor (CRUZ, 2016, p.24).

Diferente da mediação que é voltada somente para os conflitos, a Justiça Restaurativa tem como objetivo construir e fortalecer vínculos de pertencimento e significado, apresentando um paradigma próprio para que possamos enxergar os conflitos, os relacionamentos e a existência da comunidade.

Diferente da mediação que é voltada somente para os conflitos, a Justiça Restaurativa tem como objetivo construir e fortalecer vínculos de pertencimento e significado, apresentando um paradigma próprio para que possamos enxergar os conflitos, os relacionamentos e a existência da comunidade.

Tendo isso em mente, percebe-se que esse método não se preocupa somente com os danos provenientes de um determinado fato, mas também com os danos que emergem desse acontecimento, levando um olhar cuidadoso para o contexto, as relações de poder, os padrões de relacionamento, as colisões, as visões de mundo, as características pessoais e determinados posicionamentos de cada um dos envolvidos (VASCONCELOS, 2020, p. 226).

Na doutrina: Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas, Vasconcelos aborda algumas das práticas utilizadas na Justiça Restaurativa:

[...] Entre as suas práticas podemos destacar, de saída, a mediação vítima-ofensor, que costuma ser aplicada num círculo menos amplo, composto pela vítima, ofensor, facilitador e apoios necessários, daí por que também denominada mediação restaurativa, e os círculos de diálogo, não decisórios, bem como as variadas modalidades de círculos restaurativos, com poder decisório ou não. [...] Em virtude das peculiaridades do campo criminal, em que as ofensas podem ser físicas, morais, patrimoniais e psicológicas, práticas restaurativas são realizadas especialmente por meio desses encontros de mediação vítima/ofensor e/ou mediante várias modalidades de círculos de diálogo e de círculos restaurativos (VASCONCELOS, 2020, p. 226).

O procedimento restaurativo, aplicado aos casos de violência doméstica contra a mulher oferece um empoderamento para a vítima, uma vez que esta é colocada em destaque. Para que se possa abordar a complexidade deste fenômeno, se faz necessário a presença da mulher, do agressor, da família e da comunidade. Esses indivíduos são orientados por um facilitador ou coordenador, a conversarem sobre o problema principal para que assim possam construir juntos, algumas possíveis soluções (VASCONCELOS, 2020).

Muitos dos casos que levam a violência doméstica estão ligados a traumas de infância, falha na comunicação, embriaguez, as vezes estes indivíduos só estão buscando serem reconhecidos, pois sentem a necessidade de estar em uma situação de poder, e por este motivo acabam subjugando suas companheiras, usando para tanto de violência tanto física, quanto moral, psicológica dentre outras, para se sentirem no controle da situação.

Em síntese, a justiça restaurativa se configura como uma técnica de solução de conflitos que tem por escopo, através de uma escuta sensível entre as vítimas e os ofensores, auxiliá-los na busca de um acordo que promova a solução de outras esferas do problema. Voltado não apenas para a punição, mas também, e principalmente, à restauração de questões emocionais. O objetivo da Justiça Restaurativa não está ligado ao delito, e sim ao conflito gerado por ele, tendo em vista que essa prática tem como objetivo a complementação do amparo que é fornecido pelo Estado, já que a simples imposição de uma pena não resolve o conflito (ZEHR, 2008,p. 87).

Desta forma a Justiça Restaurativa tem a finalidade de proporcionar um equilíbrio nas relações sociais, trazendo como consequência um equilíbrio das necessidades das partes, bem como possibilita a participação da comunidade, para restabelecer os laços entre vítima-agressor e para que o agressor possa voltar a conviver em sociedade de forma digna. O método restaurativo traz em seu bojo a responsabilização do agressor, que por si próprio toma conhecimento do impacto gerado por suas atitudes negativas, tendo assim a possibilidade de mudar suas atitudes, uma vez que este de forma voluntária aceitou participar do método restaurativo (VASCONCELOS, 2020, p. 221.).

Verifica-se que a justiça restaurativa é voltada a subjetividade do ofendido, sua base é a reparação e o arrependimento do ofensor, o que coloca a vítima como o centro da relação e dona de Direitos, e está de fato sente que a justiça será pautada no emprego da reparação dos danos sofridos, o que permitirá o sentimento de justiça feita, e que o Estado de fato se preocupa com a ressocialização do ofensor e com a recuperação da vítima para a retomada de sua vida e integridade violada.

3.CONCLUSÃO

Através da realização desse trabalho, observa-se que a discussão sobre Justiça Restaurativa em si é recente no Brasil, ao apresentar a ideia que a mesma seja utilizada em casos de violência doméstica, vários questionamentos são levantados pois entende-se que a Justiça Restaurativa é uma alternativa a um Sistema Judicial escasso que propõe leis de suma importância com a Lei Maria da Penha, e no que tange a violência contra mulher, surgiu a questão da aplicabilidade desse novo modelo de justiça pois a violência contra mulher é entendida como crime grave.

No decorrer da pesquisa foi demonstrado a definição e evolução da Lei Maria da

Penha (Lei 11.340/06), tais evoluções relacionadas a forma de lidar com a violência praticada contra mulher no interior do seio familiar, trazendo as mulheres um maior respaldo legal e proteção para aquelas que são vítimas de tal violência. Restou certificado que a Justiça Restaurativa é um método que consiste em tratar as partes de maneira adequada, com acompanhamento psicológico, participação em grupos de ressocialização no caso do agressor, participação em círculos restaurativos onde estarão presentes: vítima, agressor e a família de ambos, tudo devidamente conduzido por um facilitador devidamente qualificado com o objetivo de levar as partes a se abrirem a falar sobre os problemas que causam tais situações.

Colocados todos esses aspectos, temos que a difusão da justiça restaurativa no direito brasileiro vem sendo erigida sobre novos interesses e valores que surgiram na seara jurídica, que nos demonstraram a urgência de se questionar as limitações do sistema penal atual e a necessidade de buscar, com embasamento científico, alternativas mais humanas e adequadas. Em análise última, é exatamente esse o grande mérito da justiça restaurativa, vale dizer, alcançar, em muitos casos, a pacificação das relações sociais de forma mais efetiva, a partir da ideia de atendimento dos indivíduos diretamente afetados para recolocá-los em uma circunstância melhor do que a crise em que se encontram, alça-los a uma situação ideal, desejada não só para eles, mas por todos os sujeitos de direito tutelados pelo ordenamento. E isso se faz, neste particular, por meio do atendimento tanto do agressor quanto da vítima.

Observou-se ainda que apesar de existir órgãos competentes para tratar desses casos, através da aplicação da Justiça Restaurativa, faz-se necessário considerar os percalços listados e a busca de pessoal adequado para desenvolver métodos de real eficácia, como exemplo para tratar do trabalho de reintegração do agressor na sociedade, para que não volte a praticar novos delitos.

4. REFERÊNCIAS

CNJ- **Conselho Nacional de Justiça. Manual sobre programas de Justiça Restaurativa.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-sobre-programas-de-justica-restaurativa.pdf>. Acesso em 03 de março de 2022.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225.** 1. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/justica_restaurativa_cnj_2016.pdf. Acesso em 07 de abril de 2022.

SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência.** São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, Coleção Brasil Urgente, 2004.

TJDF- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Justiça Restaurativa:**

entenda conceitos e objetivos. Disponível em
<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/justica-restaurativa-entenda-os-conceitos-e-objetivos>>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 7. ed. São Paulo: Método, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981839/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.0995>>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

ZHER, Howard. Trocando As Lentes - **Um Novo Foco Sobre o Crime e A Justiça: Justiça Restaurativa**. PDF do 10º capítulo do livro, publicado no Brasil pela Palas Athena Editora com tradução de Tônia VanAcker em 2008. Disponível em: <https://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2022.

A EXPANSÃO DO TELETRABALHO NA JUSTIÇA FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO E O DIREITO À DESCONEXÃO

ANDRÉIA MARIA DA FONSECA TEIXEIRA¹⁸⁰:
Graduanda do Curso de Direito da Fasec

MURILO BRAZ VIEIRA¹⁸¹

(coautor)

RESUMO: O teletrabalho surgiu como uma forma de aumentar a flexibilidade do emprego como consequência do desenvolvimento de novas tecnologias e novos tipos de mão-de-obra, como resultado da globalização e recentemente impulsionada pela pandemia Covid-19. O objetivo desta pesquisa é o estudo da importância da preservação do direito de desconexão para teletrabalhadores. Optou-se após assumir um problema (a dificuldade de fazer valer o direito de desconexão para teletrabalhadores), analisando as repercussões dessa questão e, por fim, demonstrando soluções viáveis para a questão (o método hipotético-dedutivo). Além disso, a pesquisa foi realizada em um estilo documental indireto, por revisão bibliográfica, dependendo de fontes secundárias, como livros, legislações e publicações científicas. As mudanças trazidas pela reforma trabalhista brasileira, notadamente a eliminação da necessidade de os teletrabalhadores definirem sua jornada de trabalho, nos termos do Artigo 62 da Consolidação das Regras Trabalhistas (CLT), influenciaram os demais normativos sobre teletrabalho, abrangendo o serviço público, a exemplo dos servidores da Justiça Federal da 1ª Região. Devido à natureza tecnológica do teletrabalho, o direito de desligamento deve ser aplicado a fim de mitigar os danos causados pelo uso excessivo da tecnologia neste tipo de trabalho.

Palavras-chaves: Desconexão; Teletrabalho; Serviço Público.

INTRODUÇÃO

No Judiciário Brasileiro a implantação do teletrabalho aos servidores teve sua normatização sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução nº 227/2016.

Em virtude da pandemia de Covid-19 como medida de segurança para proteção à saúde quase todos os servidores do Tribunal Regional Federal da 1ª Região foram deslocados da modalidade presencial para o teletrabalho temporariamente. Fato que impulsionou o crescente número de solicitações para o teletrabalho ordinário e o aumento

¹⁸⁰. E-mail: andreamft17@hotmail.com

¹⁸¹ Professor (UNITINS e FASEC). Advogado. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT). E-mail: prof.murilobraz@fasec.edu.br

consequentemente do quantitativo mínimo permitido para a modalidade de teletrabalho na instituição provocando alterações em resoluções internas.

Ocorreram mudanças na legislação ampliando o percentual de 30% para 70% da totalidade de servidores para o quantitativo permitido para a modalidade de teletrabalho ordinário na Justiça Federal da Primeira Região, conforme previsão da Resolução Presi 58/2021 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região).

A ausência de regulamentação sobre proteção à jornada de trabalho no teletrabalho, exemplificada pela inclusão na Consolidação da Leis Trabalhistas no art. 75-B do § 5º sobre não ser considerado como tempo à disposição ou sobreaviso o uso de tecnologia de comunicação para o teletrabalho, o que prejudica o gozo de direitos como descanso interjornada, lazer e saúde, já que a liberdade do empregador de cobrar continuamente através de ferramentas tecnológicas ao teletrabalhador em momentos variáveis foi normatizado e o que poderá ocasionar futuramente danos aos trabalhadores. Normatização esta que repercutirá por analogia nas legislações também referentes aos servidores públicos.

A principal relevância para sustentar o presente artigo consiste no estudo da importância e consequências da expansão do teletrabalho dos servidores da Justiça Federal da Primeira Região, da aplicação do direito à desconexão e dos reflexos à saúde dos servidores. Observa-se também que parte do curso operacional das instituições passou para os servidores, com aumento em suas despesas cotidianas, fora o investimento pontual em equipamentos para uso no teletrabalho que ficaram sob sua responsabilidade.

Este artigo visa demonstrar a expansão do teletrabalho na Justiça Federal da Primeira Região e consequentes mudanças na legislação com foco no direito à desconexão que se não cumprido “poderá gerar” consequentes problemas futuros à saúde física e mental dos servidores.

Estes danos existenciais podem ser vistos como consequência da negação do direito do trabalhador de se desligar-se ou de desconectar-se da jornada de teletrabalho diária, uma vez que comprometem os laços sociais e a vida saudável na sociedade, ambos críticos para o desenvolvimento da saúde física e psicológica de um indivíduo.

A desconexão ou ausência do trabalho como forma de proteção aos trabalhadores é, portanto, uma necessidade essencial, pois proporciona os direitos fundamentais ao lazer, ao relaxamento e descanso mental e à saúde - todos eles de caráter fundamental - e, portanto, sua eficácia nas relações de trabalho deve ser assegurada.

Estas questões são investigadas neste estudo a fim de obter uma melhor compreensão do debate e construir ideias para explicar os desafios associados à

implementação do direito à desconexão para teletrabalhadores. Dado que o argumento e metodologia adotada neste artigo trata-se de um estudo exploratório descritivo da legislação referente ao tema, desenvolvido utilizando uma bibliografia de livros, periódicos, artigos científicos, teses de mestrado e dissertações de doutorado, a técnica de pesquisa utilizada é o documentário indireto por revisão bibliográfica.

Assim, o artigo discorre em seus capítulos sobre o estudo da evolução dos normativos sobre a regulamentação do teletrabalho, sobre a crescente adesão dos servidores para a modalidade de teletrabalho, sobre o direito à desconexão do teletrabalho e os possíveis impactos na saúde e qualidade de vida dos servidores.

1. O TELETRABALHO EM UM BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

De acordo com Alice Monteiro de Barros (2017), o teletrabalho, trabalho à distância, ou trabalho remoto define-se pelo uso de tecnologia para facilitar sua expansão. Como consequência, ele se distingue por permitir que os trabalhadores atuem remotamente fora da sede da empresa enquanto mantêm contato com seus empregadores através de uma variedade de técnicas de comunicação e informação.

Dito de outra forma, o teletrabalho é um tipo de trabalho à distância no qual o empregado está sujeito a controle e supervisão através de ferramentas tecnológicas, e como resultado, a subordinação é mais fraca do que nos modos de trabalho presencial (LEITE, 2018).

As evoluções da tecnologia da informação, bem como da comunicação tiveram e continuarão a ter efeitos sobre os meios de produção influenciando as relações de trabalho. A ascensão do teletrabalho é especialmente impulsionada pelo desejo de reinventar o trabalho tradicional através do uso de novas tecnologias que permitem uma melhor organização da força de trabalho. Em todas as conceitualizações deste tipo de emprego que têm sido discutidas, o teletrabalho é caracterizado pelo uso da tecnologia e pela descentralização do local de trabalho. Como pode ser visto, o teletrabalho é composto de dois componentes básicos: a tecnologia e os indivíduos que a utilizam.

Em 2011, a Lei 12.551 alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas quando foi incluída a modalidade de teletrabalho, descrevendo-a e não distinguindo o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o trabalho realizado no domicílio do empregado e o trabalho realizado à distância, desde que realizado de forma consistente com a natureza do trabalho observados os requisitos da relação de emprego e o uso da tecnologia.

“Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio". (NR)

O uso de telemática e computadores para dirigir, controlar e supervisionar o trabalho de outros é permitido da mesma forma que supervisionar empregados pessoalmente é legal (BRASIL, 2011).

O legislador mostra sua preocupação em assegurar que a subordinação legal e contratual do trabalho em casa e à distância seja comparável à encontrada nos padrões tradicionais de trabalho.

Conforme exposto acima, trabalho em casa ou à distância é trabalho realizado em local diverso da localização física da empresa, sendo gerenciado e monitorado remotamente, sem a participação direta e pessoal do empregador (LEITE, 2018).

Desde então o teletrabalho foi progredindo e se popularizando no Brasil, ocorrendo no ano de 2017 a Reforma Trabalhista pela Lei 13.467/2017, incluindo o Capítulo II-A e incorporando os artigos 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E na Consolidação das Leis Trabalhistas para abordar o teletrabalho e suas implicações contratuais, normatizando os formatos de adesão e os recursos tecnológicos necessários para aplicação do teletrabalho, conceituando e regulando sua atividade, aprimorando dessa forma o que já conceituava anteriormente o artigo 6º da Consolidação da Leis Trabalhistas.

O teletrabalho é definido pela nova legislação como um trabalho realizado principalmente fora do escritório, utilizando tecnologia da informação e comunicação, e como medida de urgência, em resposta à pandemia Covid 19, foi publicada pelo Presidente da República a Medida Provisória 927/2020, a qual teve vigência de 22 de março de 2020 a 19 de julho do mesmo ano e regulou as normas para a calamidade pública enfrentada e permitiu as mudanças no regime de trabalho presencial para teletrabalho sem acordos prévios, com perda de eficácia por decurso de prazo de votação pelo Congresso Nacional.

Em março de 2022, ocorreram as edições de duas Medidas Provisórias de nº 1.108 e nº 1.109 que provocaram alterações consideráveis na legislação trabalhista com a motivação de regulamentar o trabalho híbrido numa delas e na outra sobre regras de trabalho para as possíveis situações de calamidade pública, as quais deverão ser votadas pelo Congresso Nacional em um prazo de quatro meses.

A Medida Provisória nº 1.108 de 25 de março de 2022 provocou alterações significativas na Consolidação das Leis Trabalhistas normatizando de forma ostensiva o teletrabalho, sobre o não controle da jornada de trabalho para quem presta serviços por

tarefa ou produção, incluindo o inciso III no artigo 62 da CLT. Bem como várias alterações nos artigos 75-B, 75-C e parágrafos e inclusão do artigo 75-F.

Podemos elencar as principais alterações trazidas pela Medida Provisória nº 1.109/2022 (BRASIL, 2022):

(a) a alteração do art. 75-B com a inclusão do termo “preponderante ou não” para a realização da prestação de serviços fora da sede do empregador não quantifica que deva ser majoritariamente de uma forma ou de outra, regulariza a possibilidade do teletrabalho ser realizado de forma híbrida ou integral.

(b) a inclusão do art. 75-B, § 1º esclarece que mesmo que o empregado precise realizar atividade presencial e necessite comparecer à sede da empresa, o que não descaracterizará o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

(c) a inclusão no art. 75-B dos parágrafos § 2º e 3º normatiza que a prestação de serviços por produção, tarefa ou jornada não submeterá ao controle de jornada de trabalho, não constando forma de proteção à saúde do teletrabalhador.

(d) inclusão no art. 75-B, § 4º deixa claro a não equiparação do empregado submetido à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento com o teletrabalhador. Observa-se que a ocupação destas atividades poderão ser exercidas dentro ou fora da sede das empresas, por tarefa ou produção e mantidas as demais regras do teletrabalho continuam podem se enquadrar ou não nesta modalidade, gerando possíveis demandas ao judiciário.

(e) inclusão no art. 75-B, § 5º de que salvo previsão em acordo individual ou acordo ou convenção coletiva, o tempo que o empregado dispender na utilização de equipamentos ou ferramentas digitais, que podemos exemplificar como whatsapp, e-mails, aplicativos, dentre inúmeros outros utilizados para o teletrabalho, não se constituirá como tempo à disposição, prontidão ou sobreaviso, dessa forma não contabilizando como jornada de trabalho, não estabelecendo nenhuma forma de proteção ao direito de desconexão e à saúde do teletrabalhador.

(f) inclusão no art. 75-B, § 9º define que respeitados os repousos legais, poderá por acordo individual ser alinhado os horários e meios de comunicação entre empregado e empregador;

(g) alteração no art. 75-C deve ser expressa no contrato a adesão ao teletrabalho, não sendo mais necessário especificar quais as atividades que serão realizadas pelo empregado.

(h) no contrato deve estar claramente definido quem será o responsável por adquirir, pela manutenção ou entrega do equipamento técnico e da infraestrutura

necessária ao posto de trabalho teletrabalho, conforme elencado no Artigo 75-D da CLT. De acordo com o primeiro parágrafo deste mesmo artigo 75-D, o custo de tais utilidades não serão incluídas na remuneração dos funcionários.

Observado por Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 228), esta cláusula transfere ao empregado os riscos associados à atividade econômica que, conforme regrado pelo artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, deveriam ser assumidos pelo empregador, o que contradiz os ideais fundamentais de valor trabalhista e da livre iniciativa consagrada no artigo 1º, IV da Constituição Federal de 1988, particularmente em um período de crise financeira e de grave desemprego estrutural.

(i) para proteção à saúde e segurança do trabalhador, o artigo 75-E, dispositivo final do capítulo que trata do regime de teletrabalho, enfatiza que os empregadores têm o dever de informar os empregados de maneira explícita e conspícua sobre as precauções que devem ser tomadas para evitar acidentes e doenças no local de trabalho.

De acordo com o artigo 75-E, o empregado deve assinar uma declaração de responsabilidade, prometendo cumprir todas as instruções de seu empregador.

Ressalta-se que a responsabilidade legal do empregador por lesões de empregados tem origem no fato de que o treinamento e o aconselhamento do empregador não o liberariam de deveres para a saúde e segurança de seus trabalhadores, o que não fica explícito no normativo da reforma trabalhista.

(j) inclusão do art. 75-F assegurou a definição das vagas prioritárias para o exercício do teletrabalho ou trabalho remoto, garantindo-as aos empregados PcD (pessoa com deficiência) e aos empregados(as) com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade a preferência.

A Medida Provisória nº 1.109 também publicada em 25 de março de 2022 estabeleceu nova regulamentação para adesão ao teletrabalho, férias, feriados, banco de horas, fundo de garantia do tempo de serviço para ser aplicada em situações de calamidade pública como precaução às consequências sociais e econômicas. Estas Medidas Provisórias tem o prazo 4 meses para terem ratificadas sua eficácia pelo Congresso Nacional.

É por isso que na descrição de Alexandre Alliprandino Medeiros (2019 p.100) a nova exceção incluída no item III do artigo 62 da CLT maculará visceralmente o direito de limitar as horas de trabalho e a consequente perda irreparável do valioso instituto de desligamento e desconexão do trabalho pelo empregado.

A principal preocupação com o teletrabalho, seguindo a regulamentação promulgada pela Lei nº 13.467/17, a chamada reforma trabalhista, é que a falta de

regulamentação do horário de trabalho pode fazer com que os funcionários submetidos ao teletrabalho sofram problemas de saúde e segurança, tais como danos existenciais, que podem ter um efeito duradouro no desenvolvimento de um indivíduo na sociedade.

2.DIREITO À DESCONEXÃO

A globalização, o desenvolvimento tecnológico e a reorganização do emprego na sociedade alteraram a realidade dos trabalhadores em termos de como eles trabalham e as consequências negativas do trabalho excessivo, como resultado da crescente intrusão da tecnologia.

Uma preocupação significativa se desenvolveu como resultado das novas técnicas de trabalho: a conexão excessiva está prejudicando a saúde e o desenvolvimento do indivíduo, resultando em danos existenciais como os detalhados no capítulo anterior.

Os direitos constitucionais dos funcionários estão se tornando mais cruciais a fim de salvaguardar sua integridade física e psicológica à luz dos aspectos de mudança da sociedade e dos arranjos de trabalho.

De acordo com Sandro Nahmias Melo e Karen Rosende Almeida Leite Rodrigues (2018), a desconexão ocorre quando não é permitido ao empregado estar acessível ao empregador durante seu tempo livre, férias ou no final de seu emprego, a fim de recarregar física e mentalmente.

A desconexão ocorre somente quando as obrigações de trabalho de uma pessoa não estão mais vinculadas às de seu empregador e, portanto, o empregador é incapaz de cobrar seu empregado usando as ferramentas que ele usa regularmente para fazê-lo.

Os funcionários devem ser totalmente desligados do trabalho a fim de perceber os benefícios do relaxamento e do lazer, tais como não receber chamadas ou responder a mensagens (MELO; RODRIGUES, 2018).

Jorge Luiz Souto Maior (2003) afirma que o não trabalho, ou o direito de desligar-se, deve ser considerado como uma diminuição da quantidade de mão de obra necessária para preservar a vida privada e a saúde. Isto é crítico dada a forma como o mundo do trabalho mudou como resultado de melhorias tecnológicas, argumenta ele.

O uso constante das tecnologias de informação e comunicação precisam também garantir a plena realização do direito do teletrabalhador de se desligar ou desconectar da atividade laboral diária, pois a demasiada conectividade e submissão do a uma produtividade elevada pode ser desproporcional ao que é considerado normal dentro dos limites de um típico dia de trabalho podendo trazer prejuízos à saúde mental e física do trabalhador.

Ao discutir o direito de se desligar, é vital criar uma conexão entre a tecnologia moderna e o trabalho, a fim de garantir o direito de um indivíduo de não trabalhar ou, mais simbolicamente, de se desligar do trabalho, segundo Jorge Luiz Souto Maior (2003).

Como resultado, Sandro Nahmias Melo e Karen Rosendo de Almeida Leite Rodrigues (2018) acreditam que a liberdade de desligar ajuda, antes de tudo, a defender a natureza humana, que é desafiada na era atual de conexão em tempo integral por ferramentas telemáticas indiscriminadas no local de trabalho.

Os funcionários que foram expostos a novas formas de controle por parte de seus superiores como resultado do uso da tecnologia de telecomunicações no local de trabalho têm o direito legal de se desligarem.

Como resultado, a natureza crítica da desconexão efetiva no teletrabalho se torna mais clara, pois se baseia nas peculiaridades de sua atividade, requer restrições claras de tempo que o empregador é capaz de fornecer, mesmo virtualmente, para que o teletrabalhador mantenha um certo nível de qualidade de vida (MELO; RODRIGUES, 2018).

Nestas circunstâncias, é necessário compreender os fundamentos constitucionais deste direito, bem como as dificuldades que a modalidade de teletrabalho tem em obter a desconexão, bem como uma análise de como este direito é controlado no sistema jurídico do nosso país.

2.1 O lazer como garantidor da desconexão e os direitos fundamentais à saúde

A própria natureza da saúde, do relaxamento e da recreação promove o direito à desconexão. Além disso, a Constituição Federal de 1988 garante a dignidade humana e um ambiente de trabalho saudável e equilibrado, entre outros direitos (MELO; RODRIGUES, 2018).

Os seres humanos têm um direito fundamental à saúde, que é definido como um equilíbrio de variáveis físicas, mentais e sociais que formam e influenciam o modo de vida das pessoas (CARVALHO, 2015).

Como a saúde está inextricavelmente ligada à vida e à integridade física, ela é proclamada no artigo 6º e explicitada no artigo 196 da Constituição Federal (MELO; RODRIGUES, 2018).

Ao tratar não apenas da saúde corporal, mas também do bem-estar mental e social, o direito à saúde contribui para o cumprimento do direito humano básico à vida e assegura a manutenção do sentimento de autoestima.

De acordo com os ensinamentos de Robert Carlon de Carvalho (2015), a capacidade de um cidadão de sobreviver é uma das mercadorias inatingíveis da pessoa humana, merecedora de proteção estatal, uma vez que combina qualidade e direito à vida em uma característica indivisível.

Os direitos dos trabalhadores à saúde no trabalho devem ser reconhecidos e salvaguardados neste contexto, uma vez que os seres humanos têm limites inerentes, que o emprego não pode ser utilizado para contornar.

Conexões e expectativas excessivas podem ser prejudiciais à saúde das pessoas que trabalham com tecnologia. Isto pode resultar em tensão e preocupação, pois não é permitido aos funcionários desligarem-se de seu emprego de acordo com os direitos básicos da ordem nacional, e é assim que os direitos de descanso e tempo de lazer se tornam meios críticos de reforçar a ordem nacional.

O direito ao desligamento é garantido pela Constituição brasileira e pela regulamentação infraconstitucional. O artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que contém os incisos XIII, XV, XVI e XVII, expressam as garantias do direito do trabalhador ao descanso interjornada e à licença temporária do trabalho. Devido ao papel essencial que o descanso desempenha no bem-estar do empregado, a Consolidação das Leis Trabalhistas contém uma seção sobre o direito ao descanso.

Não apenas tirar férias do trabalho ajuda os trabalhadores a se recuperarem após uma semana de esforço, mas também os intervalos interjornadas lhes permite passar tempo com a família e amigos e participar de atividades recreativas, religiosas, esportivas e culturais. Os trabalhadores que descansam são mais produtivos e produzem trabalho de maior qualidade, o que beneficia o resultado final da empresa (BARROS, 2017).

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2018), o grau de interação de um funcionário com certas atividades ou ambientes de trabalho é crucial para identificar o potencial efeito prejudicial ou perigoso desses ambientes ou atividades sobre a saúde e o bem-estar do trabalhador. Diversos fatores nos levaram a acreditar que algumas atividades ou ambientes de trabalho precisam de dias laborais mais curtos para salvaguardar os funcionários dos efeitos adversos do excesso de trabalho. Ou seja, as leis legais que controlam o horário de trabalho e as pausas não são mais totalmente econômicas por natureza, uma vez que às vezes podem assumir o caráter de medicina ocupacional e requisitos de segurança, ou seja, regulamentos de saúde pública.

Ou seja, a vida diária do trabalhador é importante, pois lhe permite melhorar suas atividades e manter sua saúde através do lazer. Como consequência, é evidente que o desligamento do trabalho só é possível se o empregado tiver permitido descanso suficiente, pois é somente com a segurança da separação do trabalho que o descanso produz efetivamente seus efeitos benéficos sobre a realidade do trabalhador.

O direito ao lazer é um direito social fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, e seu objetivo é permitir que as pessoas persigam seus interesses em seu tempo livre.

Como consequência, é importante enfatizar que o direito ao lazer vai além do direito ao descanso, que é fundamental para a recuperação física dos trabalhadores, pois só pode ser desfrutado completamente quando uma pessoa está livre de obrigações e ativamente engajada em atividades que promovam seu bem-estar.

Rodrigo Maia Santos (2017) define o lazer como uma atividade cultural ativa que ocorre quando as restrições da sociedade estão ausentes e aspira ao prazer, à transformação social e ao aperfeiçoamento pessoal.

O direito ao lazer só pode ser plenamente realizado quando um indivíduo tem tempo livre suficiente para participar de atividades que não estão relacionadas ao seu trabalho, mas que beneficiam tanto o indivíduo quanto a sociedade em geral.

Como resultado, o direito de não trabalhar ou de se desligar do mundo do trabalho é um aliado vital na conquista do direito ao lazer, pois o direito de se desligar é um direito fundamental que mantém a dignidade de todas as pessoas.

É fundamental observar que o direito ao lazer não é sinônimo de direito à desconexão, pois este último deriva de outros direitos relacionados ao trabalhador. O direito ao lazer deve ser amplamente protegido porque promove a melhora a qualidade de vida das pessoas que, além do descanso físico, pode proporcionar o desenvolvimento cultural e um ambiente saudável.

Além de reduzir os acidentes e doenças relacionados ao trabalho, a necessidade de descanso através da desconexão é tanto social quanto econômica, razão pela qual o lazer é introduzido (MELO; RODRIGUES, 2018).

Como resultado, podemos argumentar que, a fim de proteger os funcionários contra danos, as bases constitucionais para a necessidade do direito de desligamento (saúde, descanso e lazer) devem funcionar perfeitamente em conjunto.

Uma pessoa que trabalha com tecnologia tem o direito de ser desconectada a fim de defender vários outros direitos básicos que são importantes para assegurar a saúde física e mental das pessoas.

2.2 A desconexão na modalidade do teletrabalho em prol dos desafios e efetividade do direito

A globalização e a revolução tecnológica geraram o fenômeno do teletrabalho. Os teletrabalhadores são suscetíveis às repercussões da conectividade excessiva, uma vez que as tecnologias da informação e comunicação (TIC) são essenciais para este tipo de trabalho.

De acordo com o Artigo 62, III CLT, os teletrabalhadores em que sua forma de trabalho seja por produção ou tarefa não estarão protegidos pela duração máxima de jornada de oito horas de trabalho; isto torna mais simples para os empregadores abusar de seus empregados, resultando em graves violações de seus direitos e limitando sua capacidade de desconectar ou deixar de trabalhar por completo.

A ideia de que os teletrabalhadores tinham mais tempo livre como resultado da ausência de um dia de trabalho fixo e da flexibilidade de seus horários é enganadora na realidade, uma vez que a ausência de um dia de trabalho definido permitia ao teletrabalhador trabalhar mais horas (BRAGA, 2015).

De acordo com Eduardo Souza Braga (2015), vários fatores levaram à degradação da liberdade de desconexão, incluindo a vinculação de técnicas de gestão à remuneração baseada na produtividade e objetivos excessivamente altos para os teletrabalhadores.

Como consequência, a desconexão destes teletrabalhadores não tem êxito devido ao componente psicológico, no qual o trabalhador se sente obrigado a produzir cada vez mais para manter a confiança de seu empregador (BRAGA, 2015).

Como resultado, a ostensiva liberdade e autonomia concedida aos teletrabalhadores pela ausência de um limite para suas horas de trabalho torna-se uma forma muito mais severa de controle e revogação de direitos, pois o ambiente criado para este tipo de trabalho força os empregados a atenderem exigências desmedidas e executarem atividades de forma imponderada, prejudicando sua qualidade de vida e capacidade de expressar plenamente suas personalidades.

O teletrabalho pode tornar a gestão do tempo problemática, uma vez que é difícil estabelecer quantas horas trabalhadas. Este argumento, entretanto, não pode ser usado para refutar o conceito de limitação de horas de trabalho.

O paradoxo inerente ao avanço tecnológico é que ele permite que o trabalho seja realizado a grandes distâncias, ao mesmo tempo em que permite que o controle seja exercido da mesma forma através do contato pela Internet e outras técnicas, e este controle pode até ser quantificável em termos de esforço necessário.

Devido aos avanços tecnológicos que permitem horários de trabalho flexíveis e a capacidade de monitorar a produtividade dos trabalhadores através da telemática, não há barreiras para desenvolver mecanismos eficientes de restrição do horário de trabalho que possam ser utilizados para evitar abusos e violações de direitos.

Como resultado, a jurisprudência nacional é consistente em seus julgamentos, tais como a seguinte decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região sobre um recurso ordinário:

EMENTAS: 1. RELAÇÃO DE EMPREGO. PEJOTIZAÇÃO. VÍNCULO RECONHECIDO. In casu, competia à reclamada comprovar os fatos modificativos e impeditivos alegados em contestação (art. 333, II, CPC e 818, CLT), ônus do qual não se desincumbiu a contento. É bem verdade que a empresa constituída pelo autor firmou contrato de prestação de serviços com a reclamada. Todavia, a maneira como se dava o labor é incompatível com a autonomia apregoada pela defesa. Ora, do conjunto probatório, é evidente o vínculo empregatício com a demandada, bem como a utilização de empresa interposta como parte de um esquema fraudulento de exploração de trabalho. De outra parte, não houve qualquer liberdade na prestação laboral do autor para a ré, característica sine qua non do trabalho verdadeiramente autônomo, posto que seu trabalho era tipicamente subordinado a ordens de serviço, cumprimento de horário e com pessoalidade. Todos os requisitos do vínculo empregatício encontram-se presentes. Assim, em consonância com o entendimento do Magistrado a quo, tenho que os elementos probantes são cristalinos ao demonstrar a real existência de relação de emprego, deixando patente a forma que a demandada utilizava para ocultar o vínculo, eis que a utilização de empresa interposta para a prestação de serviços (pejotização) e emissão de notas fiscais já são práticas conhecidas nesta Justiça Especializada. 2. SOBREVISO. USO DE CELULAR. DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PAGAMENTO DEVIDO. A doutrina do Direito do Trabalho há muito logrou transcender a visão restrita da jornada enquanto mero tempo gasto diretamente na labuta, criando conceito moderno embasado na idéia da alienação. Sob tal enfoque, constitui jornada todo o tempo alienado, isto é, que o trabalhador tira de si e disponibiliza ao empregador, cumprindo ou aguardando ordens, ou ainda, deslocando-se de ou para o trabalho. O conceito de alienação incorporou-se ao Direito do Trabalho quando positiva a lei que o tempo de serviço (jornada) compreende todo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens

(art. 4º, CLT). Em regra, a jornada de trabalho pode ser identificada sob três formas: (1) o tempo efetivamente laborado (jornada "stricto sensu"); (2) o tempo à disposição do empregador (jornada "lato sensu") e (3) o tempo despendido no deslocamento residência trabalho e vice versa (jornada "in itinere"). A esses três tipos pode ser acrescido um quarto, que alberga modalidades de tempo à disposição do empregador decorrentes de normas específicas, positivadas no ordenamento jurídico, tais como o regime de sobreaviso e o de prontidão (§§ 2º e 3º, art. 244, CLT). **Tanto a prontidão como o sobreaviso incorporam a teoria da alienação, desvinculando a ideia da jornada como tempo de trabalho direto, efetivo, e harmonizando-se perfeitamente com a feição onerosa do contrato de trabalho vez que não se admite tempo à disposição, de qualquer espécie, sem a respectiva paga. Embora o vetusto art. 244, § 2º vincule o sobreaviso à permanência do trabalhador em casa, sua interpretação deve ser harmonizada com a evolução tecnológica, conferindo aggiornamento e alcance teleológico à norma.** Ora, na década de 40 não existia bip, celular, laptop, smartphone etc, pelo que, a permanência em casa era condição sine qua non para a convocação e apropriação dos serviços. Em 15.12.2011, o art. 6º da CLT foi alterado passando a dispor que os meios telemáticos e informatizados de controle e supervisão se equiparam aos meios pessoais para fins de subordinação. **Por certo o escopo da alteração não é autorizar que a empresa viole o direito ao lazer e ao descanso (arts. 6º da CF/88 e 66 da CLT) ensejando o uso dos avanços tecnológicos sem desligar o trabalhador da prestação de serviço.** Assim, a subordinação no teletrabalho, embora mais amena que a sujeição pessoal, ocorre através de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc. **Nesse contexto se deu a reforma da Súmula 428 do C. TST, ficando assegurado, no caso de ofensa à desconexão do trabalho e ao direito fundamental ao lazer, o pagamento de sobreaviso (II, Súmula 428 incidente na espécie).** Tal exegese vai ao encontro da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais (direito ao lazer e à desconexão), fazendo jus o reclamante ao tempo à disposição sempre que ficou em sobreaviso. Recurso ordinário da reclamada ao qual se nega provimento. (TRT-2 10032999720165020204 SP, Relator: RICARDO ARTUR

COSTA E TRIGUEIROS, 4ª Turma - Cadeira 4, Data de Publicação:
05/08/2020) (grifo nosso)

Como resultado, é importante enfatizar que a tecnologia possa também ser utilizada para monitorar os teletrabalhadores identificando seus horários de trabalho, a fim de que seja garantido o direito à desconexão e eles possam preservar sua saúde física e mental.

Neste sentido, o empregador assumindo como premissas legais que o trabalhador tem direito à limitação da jornada de trabalho e que é sua responsabilidade de garantir que tal limitação seja possível, dados os mecanismos tecnológicos existentes que permitem tal conduta de controlar sobre o trabalho do empregado.(SOUTO MAIOR, 2003).

Apesar das afirmações de que é impossível exercer controle direto, é possível utilizar a tecnologia para fazê-lo indiretamente, aumentando a flexibilidade com que as atividades são concluídas ou diminuindo a carga de serviço de cada trabalhador (BRAGA, 2015).

Maurício Godinho Delgado (2018) também observa que, apesar da chamada reforma trabalhista, existem lacunas nas restrições que devem ser colocadas à disponibilidade do trabalhador para atender as necessidades de trabalho no ambiente virtual, bem como o chamado direito à desconexão, que não está regulamentado.

A tecnologia pode atuar como facilitadora e garantidora da autonomia das partes, conforme prometido pelos avanços na comunicação e informação e sua incorporação aos ambientes de trabalho, desde que as restrições legais sejam observadas por aqueles que podem implementar ferramentas que aumentem a flexibilidade do trabalho, mas também garantam direitos fundamentais como a desconexão do trabalho.

3.O TELETRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

No âmbito do Poder Judiciário, o teletrabalho é regulamentado pela Resolução CNJ 227/2016, o teletrabalho na Justiça Federal foi normatizado paulatinamente nos cinco Tribunais Regionais Brasileiros, sendo o pioneiro nessa implementação o TRF4, em 2013, já na Justiça Federal da 1ª Região foi instituído o teletrabalho através da Resolução Presi 6323305 no âmbito de 1º e 2º Graus da 1ª Região em 2018 (Conselho Nacional de Justiça, 2016), (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2018).

Importante ressaltar que as atividades desenvolvidas pelos servidores em regime de teletrabalho serão monitoradas e coordenadas por meio de instrumentos de planejamento, estabelecimento de metas, acompanhamento e avaliação individuais e

coletivos, através de relatórios semestrais encaminhados pelos gestores das unidades e consolidados pelo setor de gestão de pessoas.

A Resolução CNJ 227/2016 ao longo do tempo foi objeto alterações pela Resolução CNJ 298 de 22.10.2019, pela Resolução CNJ 371 de 12.02.21 e pela Resolução 375 de 02.03.2021. Modificações estas considerando as vantagens e benefícios diretos e indiretos resultantes do teletrabalho para a Administração, para os servidores e para a sociedade, bem como os resultados obtidos pelos servidores em teletrabalho extraordinário provocado pela pandemia Covid-19, regulamentado pela Resolução CNJ 313/2020 (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

Inicialmente a Resolução CNJ 227/2016 vedava a participação no teletrabalho dos servidores que estavam em estágio probatório, que tivessem subordinados, ocupassem cargos de direção ou chefia, incisos que sofreram alteração e não detém mais estas vedações atualmente (Conselho Nacional de Justiça, 2016)

Destaca-se a exigência de que a meta de produtividade do servidor em teletrabalho deva ser superior à do servidor na modalidade presencial é uma exigência para que seja deferido o regime de trabalho, conforme o artigo 6º, § 2º da Resolução CNJ 227/2016 (Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Art. 6º A estipulação de metas de desempenho (diárias, semanais e/ou mensais) no âmbito da unidade, alinhadas ao Plano Estratégico da instituição, e a elaboração de plano de trabalho individualizado para cada servidor são requisitos para início do teletrabalho.

§ 1º Os gestores das unidades estabelecerão as metas a serem alcançadas, sempre que possível em consenso com os servidores, comunicando previamente à Presidência do órgão ou a outra autoridade por esta definida.

§ 2º A meta de desempenho estipulada aos servidores em regime de teletrabalho será superior à dos servidores que executam mesma atividade nas dependências do órgão, sem comprometer a proporcionalidade e a razoabilidade, e sem embaraçar o direito ao tempo livre. (grifo nosso)

Observa-se relevante mudança reforçando a importância da proporcionalidade foi a alteração pela Resolução CNJ 298/2019 da exigência de “metas superiores” para “metas superiores equivalente ao cumprimento da respectiva jornada de trabalho” (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

No dia 08 de julho de 2021 foi instituído a “Juízo 100% Digital” para ser implantado gradativamente em toda o Tribunal Regional da 1ª Região através da Resolução Presi 24/2021 acompanhando a definição da Resolução CNJ nº 345 de 09 de outubro de 2020. A escolha por este regime de andamento processual é feita no campo do Processo Judicial Eletrônico PJe na apresentação da petição inicial. Não se aplicando os limites máximos de servidores em teletrabalho às unidades onde estejam em funcionamento o “Juízo 100% Digital”.

Em 23 de dezembro de 2021 a Resolução Presi 58/2021 implantou na Justiça Federal da 1ª Região a Gestão Integrada do Trabalho presencial, remoto e híbrido motivado pela experiência bem sucedida no Supremo Tribunal Federal e da disposição de ferramentas eletrônicas necessárias para que quase a totalidade dos trabalhos administrativo e judicial possa ser realizado de forma virtual. A quantidade de servidores em regime remoto não poderão exceder 70% da totalidade de servidores, salvo justificativas motivadas.

Determinou-se na Resolução Presi 58/2021 em seu Artigo 5º que a fixação de horários de trabalho será ajustada pela chefia imediata de acordo com cada membro da equipe, sendo estipulado com o servidor o horário em que ele estará à disposição, respeitados os limites de jornada diária e o horário de funcionamento da instituição. Devendo observar dentre suas diretrizes definidas no Artigo 12º, a exemplo do inciso I de que o regime de trabalho remoto não deve obstruir o convívio social e laboral e não dificultar o direito ao tempo livre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maior ênfase do artigo foi no direito dos teletrabalhadores de se desligarem, com o objetivo de determinar se este direito pode ou não ser aplicado.

Segundo o estudo, a globalização e a revolução tecnológica foram elementos críticos na adoção do teletrabalho nas relações de trabalho, a formação de mercados mais competitivos e à observância da eficiência e adequação do serviço público neste cenário atual. Neste diapasão vimos a implantação do teletrabalho na Justiça Federal da 1ª Região.

Claramente, o horário de trabalho não regulamentado e a conexão excessiva com a tecnologia contemporânea podem promover o desenvolvimento do sofrimento existencial e são prejudiciais à dignidade humana de indivíduos que trabalham em uma profissão definida em grande parte pelo uso de recursos de tecnologia e informação.

Tanto as instituições públicas como os empregadores da rede privada devem envidar esforços para separar com sucesso as pessoas de suas ocupações por um período de tempo, a fim de preservar direitos básicos como o direito ao lazer, relaxamento e saúde,

bem como o bem-estar físico e psicológico dos empregados. Isto é vital para evitar danos aos objetivos de vida e relacionamentos destes teletrabalhadores.

O argumento para o teletrabalho é que ele compromete o controle do empregador sobre o empregado, e que o controle exercido é sobre as metas e planos de trabalho a serem realizados, ficando clara a dificuldade em garantir que os teletrabalhadores sejam desconectados.

Entretanto, a tecnologia que permite o monitoramento remoto do comportamento dos teletrabalhadores também deve funcionar como um mecanismo de controle do dia de trabalho, permitindo que os indivíduos exerçam seus direitos fundamentais, tal como o essencial direito à desconexão.

Faz-se primordial a evolução futura da legislação trabalhista para normatizar a previsão à repressão de excessos da jornada laboral em teletrabalho, bem como o desenvolvimento de programas de conscientização para aplicação necessária da desconexão do trabalho e todos os benefícios que ela promove à saúde física e mental do empregado.

Nestas circunstâncias, concluímos que o direito de desconexão é inteiramente possível através da adoção de instrumentos tecnológicos já disponíveis na realidade daqueles em teletrabalho, bem como a adoção da razoabilidade na redução da pressão exercida sobre os teletrabalhadores, moderando as metas estabelecidas para que haja um período de tempo ad hoc durante o qual o empregado e ou servidor público possa renunciar à responsabilidade laboral e dedicar-se ao importante e necessário período de desconexão.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 313 de 19/03/2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. In: Diário da Justiça Eletrônico DJe/CNJ nº 71/2020, de 19/03/2020, p. 3-5. Disponível: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249#:~:text=Estabelece%2C%20no%20%C3%A2m>

bito%20do%20Poder,%C3%A0%20justi%C3%A7a%20neste%20per%C3%Adodo%20emer gencial>. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 227 de 15/06/2016**. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. In: Diário da Justiça Eletrônico DJe/CNJ, nº 102, de 17/06/2016, p. 2-4. Disponível: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2295>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 298 de 22/10/2019**. Altera a Resolução nº 227/2016, de 14 de junho de 2016, que regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário. In: Diário da Justiça Eletrônico DJe/CNJ nº 250/2019, em 03/12/2019, p. 2-4. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3109>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 371 de 12/02/2021**. Altera a Resolução CNJ nº 227/2016, que regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. In: Diário da Justiça Eletrônico DJe/CNJ nº 37/2021, de 17/2/2021, p. 2. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3740>>. Acesso em: 21 de abr. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 375 de 02/03/2021**. Altera a Resolução CNJ nº 227/2016, que regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, criando a Equipe de Trabalho Remoto e dando outras providências. In: Diário da Justiça Eletrônico DJe/CNJ nº 51/2021, em 3/03/2021, p. 2-3. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3761>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. **Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de dezembro de 1943. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. **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. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de julho de 2017. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022

_____. **Medida Provisória Nº 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Vigência encerrada no dia 19 de julho de 2020. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de março de 2020. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. **Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2020.** Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de março de 2020. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. **Medida Provisória nº 1.109, de 25 de março de 2020.** Autoriza o Poder Executivo Federal a dispor sobre a adoção, por empregados e empregadores de medidas trabalhistas alternativas e sobre o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, para enfrentamento das consequências sócias e econômicas de estado de calamidade pública em âmbito nacional ou em âmbito estadual, distrital ou municipal reconhecido pelo Poder Executivo federal. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de março de 2020. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1109.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal (Região,1.) (TRF1). **Resolução Presi n. 6323305, de 10 de julho de 2018.** REPUBLICAÇÃO - Institui e regulamenta o teletrabalho no âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 1ª Região. In: Diário da Justiça Eletrônico e-DJF1, ano 10, n. 130, 17 jul. 2018, p. 22 - Caderno Administrativo. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/182863>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal (Região,1.) (TRF1). **Resolução Presi n. 24, de 8 de julho de 2021.** Dispõe sobre a implantação e o funcionamento do Juízo 100% Digital no âmbito da Justiça Federal da 1ª Região e dá outras providências. In: Diário da Justiça Eletrônico e-DJF1, ano 13, n. 124, 9 jul. 2021, p. 30-43 - Caderno TRF1. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/266420>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal (Região,1.) (TRF1). **Resolução Presi n. 58, de 27 de dezembro de 2021**. Institui o modelo de Gestão Integrada do Trabalho (presencial e remoto) no âmbito do Tribunal Regional Federal e das seções e subseções judiciárias da 1ª Região e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.trf1.jus.br/dspace/handle/123/280283>>. Acesso em: 21 de abr. 2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Acórdão de decisão com provimento parcial ao pedido do autor para deferir pagamento horas extras por período de sobrelabor**. Recurso Ordinário nº 1003299-97.2016.5.02.0204 SP. Amico Saúde Ltda e Dbacorp Comércio e Consultoria em Informática Ltda. Relator: Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 05 de agosto de 2020. Disponível:
<<https://www.jusbrasil.com.br/processos/141741163/processo-n-1003299-9720165020204-do-trt-2>> Acesso em 07 maio 2022.

CARVALHO, Roberto Carlon. **Sobrejornada: Um olhar a partir da responsabilidade civil do empregador em decorrência dos danos moral e existencial**. 2015. 103 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Curitiba, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 8, n. 75, p. 99-111, fev. 2019. Disponível:
<<https://hdl.handle.net/20.500.12178/152170>>. Acesso em: 2022.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho: Com análise crítica da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17)**. São Paulo: LTr, 2018.

SANTOS, Rodrigo Maia. O Direito ao Lazer como Paradigma (Re)Interpretativo Emergente das Normas Trabalhistas. 2017. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível:
<<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/101057>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

AS OUVIDORIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A APROXIMAÇÃO DOS CONTROLES EXTERNO E SOCIAL NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DOS RECURSOS PÚBLICOS NO BRASIL

MARIANA ARAUJO DE SOUZA:
Bacharelanda do curso de Direito da
Universidade Federal do Tocantins

LUCIMARA ANDREIA MOREIRA RADDATZ

(orientadora)

RESUMO: Os Tribunais de Contas têm papel fundamental no contexto democrático, pois são responsáveis pelo auxílio no controle externo das contas públicas, feito em conjunto com o Poder Legislativo e garantem o cumprimento da lei e a aplicação corretas dos recursos do erário nas finalidades públicas, sendo que a problemática do presente artigo reside no papel das Ouvidorias dos Tribunais de Contas, como responsáveis pela aproximação entre o controle externo, feito por este e o controle social, realizado pela sociedade civil e cuja justificativa reflete no cenário da gestão democrática dos recursos públicos. O objetivo geral da presente pesquisa é explorar os conceitos e formas de controle externo e social. Já em relação ao objetivo específico, busca-se explicar a importância da aproximação dos controles externo e social, a partir do papel das Ouvidorias nos Tribunais de Contas como instrumentos de controle democrático dos recursos públicos no Brasil. A metodologia utilizada no presente trabalho científico foi o método dedutivo, a partir de uma análise qualitativa, partindo de um ponto amplo e geral em direção a um ponto específico sobre o tema abordado, por meio da revisão bibliográfica crítica.

Palavras-chaves: Gestão Eficiente dos Recursos Públicos. Democracia Semi-participativa. Princípio da Transparência. Princípio da Eficiência.

ABSTRACT: The Audit Courts have a fundamental role in the democratic context, as they are responsible for assisting in the external control of public accounts, done jointly with the Legislative Branch and ensure compliance with the law and the correct application of the resources of the Treasury in public purposes, and the problem of this article lies in the role of the Ombudsman of the Audit Courts, as responsible for the approximation between external control, made by this and social control, carried out by civil society and whose justification reflects in the scenario of democratic management of public resources. The general objective of this research is to explore the concepts and forms of external and social control. In relation to the specific objective, it seeks to explain the importance of the approximation of external and social controls, from the role of the Ombudsman in the Audit

Courts as instruments of democratic control of public resources in Brazil. The methodology used in this scientific work was the deductive method, based on a qualitative analysis, starting from a broad and general point towards a specific point on the theme addressed, through the critical literature review.

Key-words: Efficient Management of Public Resources. Semi-participatory Democracy. Principle of Transparency. Principle of Efficiency.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O Controle Externo dos Tribunais de Contas e o Controle Social no Brasil: Conceitos e suas Formas de Exercício. 2.1 O Controle Externo na Gestão Eficiente dos Recursos 2.2. O Conceito de Controle Social como Participação do Cidadão na Gestão Eficiente dos Recursos Públicos. 3. Os Instrumentos de Controle Social na Gestão Eficiente dos Recursos Públicos da Democracia Brasileira. 4. As Ouvidorias dos Tribunais de Contas como Ferramenta de Fomento ao Controle Social Democrático no Brasil. 4.1. Um Breve Histórico a Respeito da Origem e Surgimento das Ouvidorias dos Tribunais e Conselhos de Contas no Brasil. 4.2. A Aproximação entre Controle Externo e Controle Social pelas Ouvidorias dos Tribunais de Contas na Fiscalização da Gestão Eficiente dos Recursos Públicos. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os tribunais de contas, no Brasil, têm papel essencial para o controle externo da Administração Pública, junto ao Poder Legislativo, de modo que este controle externo objetiva averiguar a observância dos princípios e normas constitucionais na seara da atuação administrativa, a qual visa o interesse público e, assim, faz-se necessário um controle que vai além de uma análise de documentos fornecidos em uma prestação de contas do agente público responsável, mas também investigações, auditorias próprias dos Tribunais de Contas e sistemas contábeis de alimentação obrigatória pelos administradores da máquina pública com vistas à promoção dos princípios da transparência, da legalidade e da gestão eficiente dos recursos públicos.

Para além da fiscalização da gestão eficiente dos recursos públicos pelo Poder Legislativo, em conjunto com os Tribunais de Contas, faz-se importante a participação popular no controle das contas públicas como instrumento de fortalecimento da Democracia e da gestão democrática dos recursos do Erário, por meio do controle social exercido junto às ouvidorias dos Tribunais de Contas cujo mecanismo foi desenvolvido para fortalecer a participação do cidadão nas tomadas das contas públicas.

Nota-se a necessidade de uma sociedade civil mais ativa e atenta à gestão eficiente dos recursos públicos por parte de seus administradores, a qual justifica a elaboração do

presente artigo bem como a importância de que essa conheça os meios disponibilizados para a fiscalização dessa prestação de contas, a partir das ouvidorias dos Tribunais de Contas, inclusive pelos próprios órgãos de controle externo, especialmente os Tribunais de Contas.

O objetivo geral da presente pesquisa é explorar os conceitos e formas de controle externo e social. Já em relação ao objetivo específico, busca-se explicar a importância da aproximação dos controles externo e social, a partir do papel das Ouvidorias nos Tribunais de Contas como instrumentos de controle democrático dos recursos públicos no Brasil.

A metodologia utilizada no presente trabalho científico foi o método dedutivo, a partir de uma análise qualitativa, partindo de um ponto amplo e geral em direção a um ponto específico sobre o tema abordado, por meio da revisão bibliográfica crítica, com base na legislação de regência, notadamente a Constituição Federal de 1988, além da Lei nº 8.443/1992, bem como em doutrinas de Direito Constitucional e Direito Administrativo, assim como artigos científicos em matéria de Direito Administrativo e de decisões dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2 O CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE SOCIAL NO BRASIL: CONCEITOS E SUAS FORMAS DE EXERCÍCIO

No ordenamento jurídico brasileiro, há a previsão de controle dos recursos públicos por meio da fiscalização exercida pelos Poderes da República, os quais realizam o denominado controle interno, a partir da atividade administrativa de levantamento do balanço contábil, financeiro e orçamentário das despesas do próprio órgão, eventuais contratos administrativos, licitações e atividades típicas de seu organograma funcional, além do controle externo, exercido pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas. (BRASIL, 2017).

O controle interno dos recursos públicos, conquanto não seja objeto de estudo do presente artigo científico, é relevante que seja explicitado seu conceito e distinção para com o controle externo (este sim objeto de estudo da presente pesquisa), de modo que aquele encontra respaldo no texto constitucional, bem como na legislação infraconstitucional, sendo importante instrumento democrático de fiscalização das atividades estatais. (PIETRO, 2019).

Cada Poder fiscaliza a destinação dos recursos públicos e o exercício de suas atividades na consecução dos interesses da coletividade, com mecanismos de controle

interno que realizam a gestão e aplicação do Erário na promoção das necessidades da coletividade e do próprio órgão estatal responsável por este mandamento constitucional.

A regra é aplicável a nível estadual, conforme previsão nos arts. 25, §1º, *c/c* art. 74, incisos *I a IV*, todos da Constituição Federal de 1988, além do Distrito Federal, consoante art. 32, §1º *c/c* art. 74, incisos *I a IV*, todos do texto constitucional e, a nível municipal, nos moldes dos art. 31, *caput c/c* art. 74, incisos *I a IV*, todos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Logo, o texto constitucional garante a previsão do controle interno em todos os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como em todos os níveis (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios para o gerenciamento, aplicação, destinação e cumprimento dos interesses coletivos, a partir da utilização pelo Estado, *lato sensu*, dos recursos públicos nas finalidades coletivas.

Além disso, o já mencionado art. 70, *caput*, do texto constitucional traz ainda o controle externo, exercido pelo Congresso Nacional, explicitando, ainda, ser este controle da natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de todos os entes da Administração Pública Direita, ou seja, os entes políticos (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e seus órgãos), bem como da Administração Pública Indireta (Autarquias Públicas, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e as subsidiárias destas duas últimas entidades). (PÍTICA, 2011).

Oportuno, desse modo, citar novamente o dispositivo, com destaque para a previsão que aduz sobre o controle externo, esculpida no art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como do art. 71, notadamente incisos *II*, *VI* e *VII*, também do texto constitucional, a qual prevê que o controle externo será exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas, a fim de verificar a legitimidade e regularidade das contas públicas, bem como sua legalidade (BRASIL, 1988).

O controle externo, a nível federal, será exercido pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo Federal), com o auxílio do Tribunal de Contas da União, o qual deverá, dentre outras funções constitucionalmente estabelecidas, prestar fiscalizar as contas públicas, bem como prestar contas de suas atividades fiscalizatórias dos recursos públicos e das contas dos administradores e pessoas jurídicas de direito público que realizam atividades, a partir da gestão do Erário para o Congresso Nacional.

Em razão do Princípio da Simetria, o qual se traduz na possibilidade de aplicação dos dispositivos constitucionais da Constituição Federal de 1988 às demais Constituições

do Estado e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, conforme se extrai da leitura do art. 75, *caput* da Constituição Federal de 1988, este ilustra clara reproduz do princípio mencionado. (MASSON, 2020).

Para ilustrar, cita-se o art. 75, *caput* da Constituição Federal de 1988, o qual prevê: “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.” (BRASIL, 1988).

Por conta desse dispositivo, há controle externo nos Estados-membros, pelas Assembleias Legislativas, mediante auxílio dos Tribunais de Contas Estaduais, bem como no Distrito Federal, com a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Tribunal de Contas do Distrito Federal e nos Municípios, com os antigos Tribunais ou Conselhos de Contas Municipais. (ELIAS, 2011).

Note-se que, conforme dicção expressa no art. 31, §4º da Constituição Federal de 1988 “É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais”, de modo que apenas os já existentes Tribunais de Contas Municipais poderão ter exercício na fiscalização dos recursos públicos, sendo vedada a criação pelos Municípios de novos Conselhos ou Tribunais de Contas. (BRASIL, 1988).

Fica clara a existência de diferenças entre o controle interno e o controle externo, visto que o segundo é exercido pelo Poder Legislativo, a nível federal, estadual, distrital e municipal, em parceria com os Tribunais de Contas da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, realizando o controle e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Erário e das atividades estatais de cada órgão e entidade da Administração Pública Direta e Indireta.

2.1 O controle externo na gestão eficiente dos recursos

Os Tribunais de Contas auxiliam o Poder Legislativo na fiscalização das contas públicas, a nível federal, estadual, distrital e municipal, realizando a fiscalização e controle contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Erário e das atividades estatais de cada órgão e entidade da Administração Pública Direta e Indireta.

A atividade de controle externo funciona como verdadeiro mecanismo de freios e contrapesos da Democracia Brasileira, no qual há a fiscalização de um Poder (no caso, o Legislativo) sobre os demais Poderes (Judiciário e Executivo) no que tange às atividades dos órgãos e entidades, além da aplicação e destinação do patrimônio do Erário,

reforçando os instrumentos de controle da Democracia e da gestão eficiente dos recursos públicos. (JESUS; PAJEU; GEMELLI, 2015).

A União possui regulamentação da fiscalização externa do Tribunal de Contas da União no art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.443/92, a qual dispõe que: "Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei". (BRASIL, 1992).

De acordo com os ensinamentos de Silva (2020, p. 150), ao explicar sobre o papel dos Tribunais de Contas como órgão de fiscalização e ressaltar sua necessidade na verificação da legalidade e legitimidade das contas públicas, denota que:

Um dos órgãos que desempenham a atividade de controle externo é o Tribunal de Contas; independente e essencial à República, possui competências constitucionais e legais próprias, privativas e essenciais ao exercício do controle externo. No atual ordenamento constitucional, o Tribunal de Contas assumiu a condição de principal órgão de controle dos atos administrativos que direta ou indiretamente tenham relação com a execução orçamentária ou impacto sobre o patrimônio público, devendo exercer o controle não só dos aspectos relacionados à verificação da regularidade da despesa, mas também da legitimidade e da própria qualidade da despesa pública.

O Tribunal de Contas desempenha papel fundamental na fiscalização da Democracia, à medida em que realiza verdadeiro controle das contas públicas com a sua adequada destinação nos moldes da lei, bem como das atividades estatais, licitações e contratos administrativos.

Nas parcerias público-privadas, os Tribunais de Contas fiscalizam os contratos de gestão realizados entre a Administração Pública e o particular, além do cumprimento da legalidade dos atos e contratos públicos firmados entre as partes e a adequada equivalência e equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo e do orçamento público. (PIETRO, 2019).

Nas palavras de Pietro (2020, p. 1048), quando trata a respeito das finanças públicas e da previsão orçamentária que será fiscalizada pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas, ressalta que:

Em matéria de finanças públicas, a atual Constituição prevê: sujeição aos limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno, estabelecidos pelo Senado e aplicáveis às autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público (art. 52, VII); obediência, imposta às mesmas entidades, à lei complementar que disponha sobre dívida externa e interna (art. 163, II); inclusão, na lei orçamentária anual, do orçamento fiscal e de seguridade social das entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e do orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º).

A autora traduz a importância dos Tribunais de Contas no controle de toda a sistemática constitucional que impõe aos órgãos que se submetam ao controle externo exercido pelo Poder Legislativo em parceria com o Tribunal de Contas para a efetiva aplicação dos recursos públicos e a adequada gestão dos recursos do Erário no Brasil.

A Constituição Federal prevê o controle externo da fiscalização dos recursos em matéria de Direito Financeiro, visando à correta aplicação do Erário na satisfação dos interesses coletivos para o bom funcionamento da máquina pública, o que reforça o compromisso estatal para com o Estado Democrático e de Direito, esculpido no art. 1º, parágrafo único, do texto constitucional. (BRITO, 2011).

A gestão eficiente dos recursos públicos depende da adequada fiscalização dos Tribunais de Contas e do Poder Legislativo para que sejam executados e cumpridos os mandamentos constitucionais relativos aos recursos públicos a serem aplicados nas finalidades coletivas pelo Estado Brasileiro, o qual impõe a si mesmo o ônus de fiscalizar sua própria atuação mediante controle de suas atividades estatais e de seus órgãos.

2.2 O conceito de controle social como participação do cidadão na gestão eficiente dos recursos públicos

A Constituição Federal de 1988 prevê o controle interno, efetivado pela própria Administração Direta e Indireta de cada Poder (Legislativo, Judiciário e Executivo), a nível federal, estadual, distrital e municipal sob seus órgãos e entidades públicas; e o controle externo, a ser exercido pelo Poder Legislativo, federal, estadual, distrital e municipal, em parceria com os Tribunais de Contas da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios sob os demais órgãos e entidades públicas na correta atividade de aplicação e gestão dos recursos públicos.

Porém, o controle das contas públicas não se restringe à atividade estatal de fiscalização do Erário, seja interna ou externa, pois também se opera pelo controle social, exercido pelo cidadão, a partir de denúncias e reclamações feitas aos Tribunais de Contas, bem como aos órgãos e entidades que devem exercer o controle interno da má gestão e aplicação dos recursos públicos e atividades estatais lesivas ao patrimônio público. (MALAFAIA, 2011).

Para fins de conceituação, o controle social é o conjunto de instrumentos e mecanismos de reclamação, denúncia, representação e outros, colocados à disposição do cidadão e de toda sociedade civil para a fiscalização e gerência da correta aplicação e gestão dos recursos públicos pela Administração Pública e pelo Estado, *lato sensu*. (MALAFAIA, 2011).

Sobre a origem do controle social no Brasil, conceitua Pítsica (2011, p. 265; *apud* Lima, 2005, p. 34-35), ao abordar a temática do controle social e seu surgimento nos dispositivos do ordenamento jurídico, além de seu contexto histórico político que:

O controle social surge no início do processo de redemocratização do Brasil, no final do governo militar. Seu foco central é garantir a eficiência e eficácia em qualquer programa de governo, qualidade dos serviços, e assegurar que a Administração atue de acordo com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, avançando para uma gestão pública mais justa e transparente.

Nos ensinamentos de outro autor, explica Pio (2017, p. 137), ao abordar a temática dos instrumentos de controle social, a sua aplicabilidade e seu conceito, senão vejamos:

Com efeito, o reconhecimento de que os instrumentos de reclamação, representação e denúncia etc, postos a cargo do particular, representariam meramente um controle-fiscalização não significa, em absoluto, afirmar que tais instrumentos não são instrumentos de controle.

O autor aduz que os instrumentos de reclamação, representação e denúncia, colocados à disposição do cidadão, são verdadeiros instrumentos de controle social dos recursos financeiros, além de representarem efetiva participação da sociedade civil na gestão dos recursos públicos.

Inclusive, conforme ressalta Elias (2011, p. 64), ao lecionar a respeito dos efeitos e consequências do uso do controle social, destacando a importância da fiscalização das ações governamentais pelo cidadão, e:

Abre-se, portanto, novo horizonte para se trabalhar a participação social nas instituições públicas. Faz parte desse horizonte, ainda pouco alvejado pela ciência jurídica e política, o entrelaçamento entre o controle social e os tribunais de contas, especialmente no que tange à fiscalização do resultado das ações governamentais, no aspecto da legitimidade.

Reforça-se com a importância do compromisso da sociedade civil com a fiscalização das contas públicas junto ao controle externo dos Tribunais de Contas e o Poder Legislativo, para melhor aplicação e gerências do Erário na consecução dos interesses coletivos, no contexto do Estado Democrático e de Direito.

Depreende-se que o controle social, juntamente com o controle externo (Poder Legislativo e Tribunal de Contas), é instrumento de participação social que reforça o regime democrático, bem como assinala a coparticipação do cidadão na gestão eficiente dos recursos públicos, por meio de mecanismos de reclamação, representação, denúncia, dentre outros, para melhor fiscalização e controle da aplicação e gestão do Erário do Estado Brasileiro.

3 OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL NA GESTÃO EFICIENTE DOS RECURSOS PÚBLICOS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

O texto constitucional, no contexto democrático, inaugura a gestão eficiente do controle dos recursos públicos, a partir da previsão do controle interno, realizado em todos os entes políticos e seus órgãos (Administração Pública Direta), bem como nas entidades que compõem a Administração Pública Indireta, do controle externo, em todos os níveis, pelo Poder Legislativo, em conjunto com os Tribunais de Contas e do controle social, mediante participação da sociedade civil com instrumentos para reclamações, denúncias, representações e outras medidas de fiscalização do Erário e da atividade estatal.

O controle social é verdadeiro instrumento de garantia da estabilidade do regime democrático, à medida em que o próprio Estado cria mecanismos no seu texto constitucional para impulsionar e viabilizar o controle do cidadão no que tange à aplicação e gerência dos recursos públicos estatais em prol do interesse coletivo da sociedade, colocando à disposição instrumentos para a efetivação desta garantia constitucional. (PIO, 2017).

Como todo poder emana do povo e por ele deve ser exercido, há instrumentos que auxiliam no controle da tomada das contas públicas junto ao Tribunal de Contas (conforme mencionado no item 2, este exerce controle externo junto ao Poder Legislativo competente), na conjuntura denominada de democracia semi-participativa, conforme esculpido no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, a qual contempla elementos de participação na democracia indireta (voto) e também na democracia direta (iniciativa popular de lei, por exemplo), sendo um misto de ambos os regimes políticos. (JESUS; PAJEU; GEMELLI, 2015).

O art. 31, §3º, do texto constitucional de 1988 reafirma seu compromisso com a democracia participativa ao prever que as contas públicas estarão à disposição do contribuinte para exame e apreciação durante 60 (sessenta dias), anualmente, podendo este questionar a sua legitimidade e legalidade perante os órgãos competentes, como o Tribunal de Contas, o Poder Legislativo e o próprio Poder Judiciário. (PIETRO, 2020).

O cidadão tem acesso às contas públicas municipais, todos os anos, durante sessenta dias para que faça a apreciação quanto à legalidade e possui legitimidade para questionar estas em caso de eventuais irregularidades, o que reforça o compromisso do Estado para com a lisura e transparência das contas públicas perante a sociedade civil.

Todo cidadão possui direito de ter acesso a informações de caráter público, as quais não estejam protegidas pelo sigilo constitucional dos assuntos estatais, em nome da transparência, a qual constitui o direito constitucional à informação, previsto no art. 5º, inciso *XXXIII*, c/c o art. 37, §3º, inciso *II* e art. 216, §2º, todos do texto constitucional de 1988. (PIETRO, 2020).

A Constituição Federal reforça o compromisso com o cidadão para que este possa ter acesso a toda e qualquer informação relativa à prestação de contas públicas perante a sociedade e possa, como importante instrumento de participação social, exercer o controle social na gestão eficiente dos recursos públicos.

Respaldo pelo Princípio da Transparência, o qual traduz a exigência de prestação de contas da Administração Pública de toda e qualquer atividade estatal, juntamente com o Princípio Constitucional da Publicidade, previsto no art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, com o mesmo comando de publicitar os atos do Estado, há, ainda, a Lei da Transparência (Lei nº 12.527/2011), a qual fundamenta o direito fundamental à informação do cidadão, previsto no citado art. 5º, inciso *XXXIII*, do texto constitucional. (MASSON, 2020).

Inegável que a gestão transparente dos atos estatais está intimamente ligada à possibilidade de verificação da legalidade e legitimidade das contas públicas, a fim de que o cidadão possa identificar quais recursos estão sendo aplicados e qual a destinação financeira, contábil, orçamentaria, patrimonial e operacional do funcionamento da máquina estatal para, em última análise, verificar se os fins da coletividade estão sendo atingidos pelo Estado Brasileiro.

A Lei de Responsabilidade Fiscal garante instrumentos que são hábeis ao controle das contas de toda a Administração Pública, bem como do próprio Chefe do Poder Executivo, em todos os níveis dos entes políticos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), a fim de que o cidadão possa fiscalizar a correta aplicação de todos os recursos financeiros públicos arrecadados pelo Estado e também a sua adequada destinação legal.

O relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal são instrumentos de Direito Financeiro, os quais são utilizados para que sejam expostas as métricas para definir em quais órgãos e atividades foram aplicados os tributos e demais fontes arrecadatórias criadas pelo ente estatal, bem como, no segundo documento, as despesas e receitas, mensal e anualmente recolhidas e pagas pelos entes políticos. (LEITE, 2021).

É apresentado aos cidadãos toda a tomada de contas públicas, seu plano de execução e a gestão de tudo o que foi arrecadado pelo Estado, mensal e anualmente, para fins de consecução do Princípio da Transparência e da Publicidade dos Atos Estatais, corolários do regime democrático esculpido no Estado Democrático e de Direito. (MASSON, 2020).

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 inaugura e funda o Estado Democrático de Direito, a partir da previsão de instrumentos de controle interno, realizados pelos próprios órgãos e entidades, de todos os Poderes da República, em todos os níveis estatais, além do controle externo, pelo Poder Legislativo, em conjunto com os respectivos Tribunais de Contas e do controle social, realizados pelos cidadãos, a partir da fiscalização da gestão e execução fiscal e orçamentária, bem como de toda a atuação estatal, pelos instrumentos dispostos na Constituição Federal de 1988, na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e na Lei da Transparência (Lei nº 12.527/11).

4 AS OUVIDORIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COMO FERRAMENTA DE FOMENTO AO CONTROLE SOCIAL DEMOCRÁTICO NO BRASIL

O controle externo, diferentemente do controle interno que é realizado pelos próprios entes políticos e seus órgãos, em nível federal, estadual, distrital e municipal, aquele é realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, a nível federal, estadual, distrital e municipal na tomada das contas públicas dos administradores dos recursos do Erário, bem como das contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo Federal, Distrital, Estadual e Municipal; já o controle social é feito pelo cidadão, o qual tem acesso à fiscalização das contas públicas e pode comunicar irregularidades ao Tribunal de Contas, ao Poder Legislativo, ao Ministério Público e ao Judiciário.

Dentro do contexto do Estado Democrático e de Direito, fundado pelo texto constitucional de 1988, há instrumentos de controle social, ou seja, da sociedade civil, colocados à disposição de todo cidadão para que possa fiscalizar as contas e a aplicação e execução dos recursos financeiros em políticas públicas, a exemplo Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal, dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal em consonância com o Direito Constitucional de Acesso à Informação e dos Princípios da Transparência e Publicidade.

A Constituição Federal de 1988 ainda prevê um terceiro e importante instrumento de controle social, os quais são as Ouvidorias dos Tribunais de Contas, consolidadas com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 13.460/2017, sendo que ambas preveem a possibilidade de que o cidadão formalize reclamações e denúncias aos órgãos públicos competente, inclusive os Conselhos de Contas, em todos os âmbitos dos entes políticos. (PIETRO, 2020).

A Constituição Federal de 1988 garante que o cidadão não apenas faça reclamações e denúncias sobre o funcionamento dos órgãos públicos, mas também tenha um canal de atendimento para ter conhecimento sobre as respostas e soluções ofertadas pelo órgão, a partir da formalização de seus questionamentos e demandas solicitadas em razão de seu direito fundamental constitucional de acesso à informação.

O cidadão tem o direito de reclamar aos órgãos públicos sobre situações de interesse coletivo e geral, bem como de seu próprio interesse e, também, devem os órgãos públicos e entes federativos manterem dados sincronizados para melhor atendimento da demanda solicitada pela sociedade civil na colheita de informações gerais e pessoais, exercendo legítimo controle social da atuação estatal, a partir das Ouvidorias dos órgãos públicos.

Portanto, nas palavras de Vieira; Lima (2011, p. 619), ao cuidar do tema relativo à Ouvidoria enquanto órgão de fomento ao controle social e de papel democrático fundamental na participação do cidadão na fiscalização da atuação estatal, ensina que:

A Ouvidoria surge, como uma das práticas de vigilância, e se insere nesse contexto como forte instrumento de controle da sociedade sobre o Estado. Está incluída no tripé de instâncias de controle da administração pública definidos em: controle externo, controle interno e controle social.

Tanto o controle interno, circunscrito ao ato fiscalizatório de cada ente político sobre si e seus órgãos, quanto o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, em conjunto com os Tribunais de Contas, há ainda o controle social, desenvolvido em consonância com as Ouvidorias dos órgãos públicos, de modo que o cidadão pode exercer verdadeira vigilância sobre as atividades e contas públicas do Estado, *lato sensu*.

4.1 Um breve histórico a respeito da origem e surgimento das Ouvidorias dos Tribunais e Conselhos de Contas no Brasil

As Ouvidorias dos órgãos públicos funcionam como verdadeiro instrumento de controle social, para além do controle interno, exercidos pelos próprios entes federativos e seus órgãos, do controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas e dos próprios instrumentos de controle social (a publicidade das contas públicas, por exemplo), sendo que aquele garante o direito ao cidadão de ter sua pretensão reclamatória analisada pelo ente estatal.

Importante mencionar um breve histórico a respeito da origem e do surgimento das Ouvidorias dos Tribunais e Conselhos de Contas no Brasil, os quais surgiram a partir da necessidade da fiscalização e participação social nas tomadas das contas públicas, inclusive com a previsão de mecanismos para que a sociedade civil pudesse apresentar e formalizar reclamações, denúncia e solicitações aos órgãos públicos na gestão dos recursos públicos e de suas atividades estatais. (PIO, 2017).

Nas lições de Cardoso 2010, p. 7-8; *apud* 2000, p. 62), ao narrar a historicidade e o contexto social em que surgem as ouvidorias dos órgãos públicos como instrumentos de combate aos arbítrios perpetrados pelo Estado, tem também a função e o contexto, no qual ensina o autor que:

[...] noticia que, no Brasil, a primeira iniciativa voltada para a criação do instituto data de 1823, anterior, pois, à Constituição do Império,

por intermédio de um projeto que estabelecia um juízo do povo. Entretanto, o tema somente começou a ser efetivamente discutido a partir do terceiro quartel do século XX, quando, em 1961, por meio do Decreto no 50.533, pretendeu-se a criação de um instituto assemelhado ao do *ombudsman*. O decreto foi revogado antes mesmo de ter sido posto em prática. Na década seguinte, por intermédio do Decreto-Lei no 200, de 1977, foi criado na Comissão de Valores Mobiliários o cargo de ombudsman, que não chegou a ser preenchido.

Há uma ideia embrionária de Ouvidoria como sendo uma continuação administrativa de um órgão público, o qual, no contexto do antigo Império foi instituído antes mesmo da Constituição Imperial de 1824, com o estabelecimento de um juízo do povo, responsável por coletar reclamações e informações dos cidadãos em relação à corte imperial portuguesa, embora pouco utilizado pela população e sem estruturação em razão do regime político e de governo da época.

Na sequência, em 1961, com o Decreto nº 50.533 procurou criar um instituto responsável por captar as denúncias feitas aos órgãos públicos e a fiscalização do povo em relação à prestação de contas e serviços públicos estatais, porém aquele foi revogado antes mesmo de ser regulamentado, na prática, a utilização do referido instituto de tomada pública popular. (CARDOSO, 2010).

Posteriormente, em 1977, por meio do Decreto-Lei nº 200, foi criado o cargo de *ombudsman*, responsável por ser o ouvidor na tomada das reclamações, denúncias e solicitações da sociedade civil aos órgãos públicos, embora o cargo nunca tenha chegado a ser preenchido, sem grande sucesso prático para a população no efetivo controle social dos recursos financeiro públicos e atividades estatais. (VIEIRA; LIMA, 2011).

Embora no decurso de toda a década de 1970 já existissem apelos da doutrina pela defesa da criação, desenvolvimento e a efetiva implementação do mencionado instituto, denominado *ombudsman*, o cenário político brasileiro conturbado não permitia o seu desenvolvimento, visto que existia na atual década o regime milita, ou seja, um regime autocrático, no qual não se prestava contas ao cidadão, de modo que referido programa seria uma afronta ao regime totalitário estatuído à época, bem como um contrassenso admitir-se a fiscalização pela participação e controle social da administração pública pelos cidadãos das atividades estatais, por meio de um canal, em pleno regime político de exceção. (CARDOSO, 2010).

No decorrer da década de 1980, juntamente com o começo do processo de redemocratização do Brasil, em resposta à crise de legitimidade política do regime militar, ou seja, do regime de totalitário e de exceção estatuído à época, desenvolvem-se algumas iniciativas no assegurar amplo acesso e participação social da sociedade civil organizada no controle político, como as organizações de bairro e o próprio movimento sindical, a partir do movimento denominado *Diretas Já*, o qual buscava a volta das eleições diretas, suspensas pelos atos institucionais do regime militar. (VEIRA; LIMA, 2011).

Nos ensinamentos, preleciona Cardoso (2011, p. 8), ao tratar do tema inerente à juridicidade das ouvidorias e sua influência em razão de um dispositivo constante da Lei de *Ombudsman*, narra que:

Estritamente relacionado ao instituto do *ombudsman*, mencionem-se o Projeto de Emenda Constitucional no 78, que pleiteava a criação de uma Procuradoria-Geral do Povo para defender os direitos fundamentais dos cidadãos; a proposta do senador Luiz Cavalcanti; o projeto do deputado Ney Lopes Jonathan Nunes; e o projeto do senador Marco Maciel.

Houve o mencionado projeto de emenda à Constituição com a finalidade de criar um efetivo mecanismo de controle social e romper-se com o regime de exceção desenvolvido pelos militares em 1964, garantindo ao cidadão maior controle da atividade e dos recursos financeiros públicos do Estado, bem como da possibilidade de oferecimento de reclamações e denúncia contra atos dos administradores perante a Administração Pública.

Narra, ainda, o autor Cardoso (2010, p. 8), cuidando do tema do ponto de vista socioeconômico das Ouvidorias e sua instalação no Brasil, defendendo que:

Em um cenário socioeconômico conturbado e carente de legitimação, é criado o primeiro cargo de ouvidor geral público do Brasil – ainda que a eficácia da iniciativa não tenha sido verificada de pronto – por meio do Decreto no 92.700, de maio de 1986, que institui o cargo de ouvidor geral da previdência social a quem seriam destinadas “as informações, queixas e denúncias dos usuários do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, cabendo-lhe zelar pela boa administração dos serviços previdenciários e sugerir medidas com esse objetivo” (Artigo 2o , Decreto no 92.700).

Cabe mencionar a criação, a partir do Decreto nº 93.714, de 15 de dezembro de 1986, de um instituto desenvolvido para fosse realizada a defesa dos direitos da sociedade civil organizada contra eventuais abusos, erros e omissões praticados pela Administração Pública Federal, porém sem efetividade, visto que não disciplinava os deveres dos ouvidores públicos e suas formas de elegibilidade, nem mesmo os direitos dos cidadãos em caso de descumprimentos das solicitações apresentadas (PIO, 2017).

Já no contexto do processo de redemocratização do Brasil, o qual ocorre a partir da elaboração do texto constitucional, feita após a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, por meio da Emenda à Constituição de nº 26/1985 e com a promulgação da Constituição de 1988, que impôs um novo paradigma democrático, assentado na dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante disposto no art. 1º, inciso *III* da Constituição Federal de 1988. (CARDOSO, 2010).

A dignidade da pessoa humana, ou seja, o cidadão enquanto detentor de dignidade humana deve ter sua condição respeitada pelo Estado, sendo que a República Federativa do Brasil, a partir do texto constitucional traça os limites da atuação estatal, a partir da dignidade do cidadão enquanto ser humano.

Também foi previsto no novo texto constitucional a base principiológica baseada no Princípio da Solidariedade, nos termos do art. 3º, inciso *I* do texto constitucional, do Princípio da Promoção, nos moldes do art. 3º, inciso *IV*, do mesmo diploma legal e do Princípio Participativo, alocado no art. 1º, incisos *II* e *V*, da Lei Maior. (VIEIRA; LIMA, 2011).

A Constituição Federal de 1988 inova ao prever dispositivos claramente dirigentes, na qual o legislador e também o gestor público detém a direção a qual deve seguir no agir estatal, bem como os limites da atuação frente à dignidade da pessoa humana, do direito à promoção do bem comum e do princípio participativo, com instrumentos de participação indireta na vida pública (voto) e direta (fiscalização das contas públicas) da sociedade civil.

Sob a égide deste novo modelo constitucional de Estado, a Constituição Federal de 1988 previu no art. 37, §3º e seus incisos a disposição relativa à exigência de que fosse feita a edição de uma lei ordinária para tratar especificamente acerca das reclamações dos cidadãos que fossem relacionadas à previsão de reclamações acerca da Administração Pública e suas formas de realização, consagrando, igualmente, os princípios da impessoalidade e publicidade dos atos administrativos. (PIETRO, 2020).

Amplia-se a participação da população na fiscalização das atividades estatais, bem como do direito à resposta das solicitações formalizadas pela sociedade civil, baseado no

Princípio da Transparência e da Publicidade dos atos públicos, regulamentados pelo texto constitucional e desenvolvidos para combater o Estado de Exceção, típico do período de regime militar, ou seja, do totalitarismo estatal.

Por fim, Cardoso (2010, p. 9), defende que o contexto da Ouvidoria se dá, em um primeiro momento, em razão da necessidade de controle de um Estado autoritário e autocrático e, em um segundo momento, para aumentar a participação política do povo dentro do Estado Democrático de Direito, pós redemocratização, dizendo que:

Assim, em um primeiro momento as ouvidorias públicas em Estados de redemocratização recente desempenham duplo papel: o de servir de meio de participação direta, permitindo o controle social da res pública; e o de auxiliar a renovação da sociedade civil, a partir da reconstrução da confiança e do respeito, o que depende da autonomia e da eficiência das ouvidorias públicas.

Assim, a ouvidoria pública torna-se um *locus* privilegiado para que a sociedade civil e o Estado possam agir em parceria, cada um facilitando a ação do outro, mas, também, exercendo um controle recíproco.

As ouvidorias públicas se tornaram uma realidade no Brasil após a Constituição de 1988.

Sintetizando o pensamento do referido autor, a partir da redemocratização brasileira, o fenômeno das ouvidorias públicas se tornou uma realidade nos órgãos dos entes políticos do Estado, como a principal ferramenta à disposição do cidadão para fiscalizar as decisões estatais, bem como formalizar reclamações, denúncias e solicitações à Administração Pública sobre toda a gestão dos recursos públicos e atividades públicas.

Justamente neste contexto surge a necessidade da instituição especificamente de Ouvidorias junto aos Tribunais de Contas, a fim de que o cidadão pudesse realizar reclamações e denúncias relacionadas à administração do Erário pelos administradores públicos e Chefes do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, bem como pedir a apuração da responsabilidade destes agentes públicos em caso de irregularidades nas contas públicas. (PIO, 2017).

A nível federal, em 2004, o Tribunal de Contas da União, por meio da Resolução nº 169/2004 criou a sua Ouvidoria com a finalidade de receber denúncias, reclamações e solicitações dos cidadãos no controle social da regularidade e legitimidade das contas

públicas, bem como dos pedidos de investigações administrativas acerca da má gestão pública dos recursos do Erário. (PIETRO, 2019).

Nos demais entes políticos, as Ouvidorias dos Tribunais de Contas foram desenvolvidas a partir dos anos 2000, em diferentes épocas com o intuito de fornecer ao cidadão um mecanismo dinâmico de denúncias e reclamações a respeito das irregularidades e ilegalidades das contas públicas e dos atos públicos dos gestores do Erário, bem como das atividades estatais ilegítimas, além de solicitação de eventual apuração destas demandas. (CARDOSO, 2010).

No Estado do Tocantins, por exemplo, a Ouvidoria do Tribunal de Contas do referido Estado-membro foi, de acordo com Malafaia (2011, p. 67), criada em 2005 e recebe denúncias, reclamações e demais queixas dos cidadãos, bem como:

[...] criada em julho de 2005, pela Lei nº 1.593, de 4 de julho de 2005. Está sob subordinação direta à Presidência do Tribunal de Contas e suas atribuições estão regulamentadas pela Resolução Administrativa TCE-TO nº 004, de 13 de junho de 2007, que se encontra disponível no site www.tce.to.gov.br.

As demandas abrangem os serviços prestados pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e os recursos públicos aplicados pelo governo do estado do Tocantins e pelos municípios tocantinenses. Não se inclui, nesta abrangência, os recursos repassados pela União a título de convênios, cujas demandas estarão a cargo da Ouvidoria do Tribunal de Contas da União.

Importante mencionar que a Lei nº 13.460/17 previu a participação do usuário na defesa e proteção de seus direitos frente aos serviços públicos prestados pela Administração Pública, regulamentando o art. 37, inciso §3º e incisos, da Constituição Federal de 1988, com a possibilidade de reclamações e denúncias sobre o funcionamento dos serviços públicos e também solicitação acerca dos direitos e processos administrativos em que o usuário seja parte interessada. (PIETRO, 2020).

4.2 A aproximação entre controle externo e controle social pelas Ouvidorias dos Tribunais de Contas na fiscalização da gestão eficiente dos recursos públicos

As Ouvidorias dos órgãos públicos surgem no contexto do instituto denominado *ombudsman*, oriundo do ordenamento jurídico sueco, o qual era o agente público

responsável por receber as denúncias, reclamações e pedidos relativos ao funcionamento e gestão dos recursos públicos da Administração Pública, de modo que isto serviu de base para a criação das Ouvidorias, efetivamente em funcionamento, no contexto de redemocratização com a Constituição Federal de 1988, a qual instituiu os Tribunais de Contas e, posteriormente, as Ouvidorias dos Tribunais de Contas.

Nota-se que as Ouvidorias dos Tribunais de Contas são um verdadeiro mecanismo de controle social da participação da sociedade civil na própria fiscalização da atuação e cumprimento do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, em consonância com o Poder Legislativo, nos moldes dos ditames estabelecidos no texto constitucional. (PÍTICA, 2011).

As Ouvidorias funcionam como mecanismo de efetivação da gestão eficiente dos recursos públicos, à medida em que ela atua na ligação entre a sociedade civil e a atividade estatal, impondo ao gestor público a adequada destinação dos recursos do Erário, sob pena de sofrer fiscalização popular e denúncias para apuração de sua conduta perante o Tribunal de Contas e da Lei de Responsabilidade Fiscal. (PIO, 2017).

A Constituição Federal de 1988 impõe aos administradores públicos, ou seja, a todos os agentes públicos e à Administração Pública, *lato sensu*, o cumprimento do Princípio da Eficiência, o qual traduz, nas palavras de Meirelles (2016, p. 105) que:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado.

O Princípio da Eficiência exige que toda a Administração Pública e seus agentes públicos atuem no sentido de melhor gestão e utilização das ferramentas e recursos do Erário no atendimento das necessidades coletivas, bem como da garantia do dever de eficiência, o qual se impõe a exigência de que o Estado utilize os recursos públicos com máxima presteza e rendimento funcional.

A previsão do Princípio da Eficiência foi inserida pela Emenda à Constituição nº 19/98, denominada de Reforma Administrativa, segundo a qual prevê o art. 37, *caput* do

texto constitucional de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”. (BRASIL, 1988).

As Ouvidorias dos Tribunais de Contas contribuem para a fiscalização e exigência do cumprimento do Princípio da Eficiência, visto que o cidadão tem à disposição este mecanismo para realizar denúncias, reclamações e solicitações, a fim para verificar a legitimidade e legalidade da aplicação dos recursos financeiros do Erário e pedir a apuração e punição dos agentes estatais em caso de eventual irregularidade. (PIO, 2017).

Pode-se dizer que as Ouvidorias dos Tribunais de Contas realizam efetiva aproximação entre o controle externo, exercido pelo próprio Tribunal de Contas e do controle social, por meio da participação do cidadão na fiscalização das contas públicas e dos administradores públicos e da possibilidade de oferecimento de denúncias e pedidos de apurações em razão de possíveis irregularidades nas tomadas das contas do Estado. (SILVA, 2020).

Isto, porque, nas palavras de Cardoso (2010, p. 10), ao comentar sobre o fundamento primordial das Ouvidorias nos Tribunais de Contas e nos órgãos públicos, demonstra que a participação do cidadão nas tomadas das contas públicas e na fiscalização do cumprimento do seu dever legal de eficiência e atendimento ao interesse público reforça a perspectiva do Estado Democrático de Direito, bem como:

Nessa perspectiva, as ouvidorias públicas surgem como locus privilegiado de promoção da inclusão social por propiciarem um incremento positivo da condição de vida por intermédio de sua influência sobre a melhoria da prestação dos serviços públicos e a geração de igualdade de oportunidades, permitindo que o cidadão tenha voz e vez dentro da administração pública.

As Ouvidorias são importantes instrumentos que aproximam o cidadão da gerência estatal e permitem que aquele possa exercer sua cidadania e participar da vida pública, fiscalizando as atividades do Estado, bem como a gestão eficiente dos recursos do Erário, a fim de exercer o controle sobre o dever constitucional de eficiência, imposto à Administração Pública brasileira.

Revela-se fundamental que seja colocada à disposição do cidadão, canais de comunicação, sendo que as Ouvidorias dos Tribunais de Contas desempenham papel

essencial na aproximação do cidadão na gerência e fiscalização do agir estatal e, conseqüentemente, permitem que aquele possa exercer o controle da gestão eficiente dos recursos públicos e também sobre a própria atuação do órgão de controle externo, ou seja, sobre a atividade desempenhada pelo Tribunal de Contas, aproximando o controle externo do controle social.

5 CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro existem diversos mecanismos utilizados para o controle da atuação estatal, bem como dos recursos públicos e da atividade dos administradores públicos que lidam com o Erário, de modo a garantir o adequado funcionamento do Estado e a regularidade e legalidade da atividade da Administração Pública brasileira no tocante à aplicação e gestão dos seus recursos e serviços públicos.

Há o controle interno que, embora não seja objetivo da presente pesquisa científica, é válida a diferenciação em relação aos demais mecanismos de controle da atividade estatal, visto que aquele é realizado pelo próprio ente político (União, Estados-membro, Distrito Federal e Municípios) e seus órgãos em relação a sua própria atividade estatal e suas contas públicas, tanto na Administração Pública Direita, quanto na Administração Pública Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e as subsidiárias destas duas últimas entidades).

Também existe o controle externo, realizado pelo Poder Legislativo, em âmbito federal, estadual, distrital e municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas da União, dos Estados-membro, do Distrito Federal e dos Municípios, o qual se caracteriza pela fiscalização e tomada de contas públicas de todos os administradores públicos e também dos Chefes do Poder Executivo (em todos os níveis da federação), a partir de um controle de natureza contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial dos recursos e serviços públicos, oriundos da atividade estatal.

Não basta o controle exercido apenas pelo Estado sobre suas próprias atividades, recursos e serviços públicos prestados, sendo, portanto, necessária a presença de um controle social, fundamentado na participação do cidadão no controle e tomada das contas públicas, especialmente no contexto do Estado Democrático e de Direito, estatuído no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.

Com o advento do texto constitucional de 1988, foi colocado à disposição da sociedade civil a possibilidade de fiscalização das contas públicas, as quais devem ficar disponíveis durante 60 (sessenta dias) para todo e qualquer contribuinte analisar e, em caso de irregularidades, questionar-lhes sua legitimidade e legalidade perante o Tribunal

de Contas, o Poder Legislativo, o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário, constituindo importante instrumento da democracia semi-participativa.

O contribuinte possui, nos moldes dos dispositivos analisados neste artigo científico, instrumentos de controle social previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, como o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal, os quais preveem todo o resumo relativo às atividades e destinação das rendas públicas e sua execução na prestação dos serviços públicos, a fim de que o cidadão possa analisar e questionar sua legitimidade e legalidade, inclusive pleiteando a apuração de eventual ilícito perante o Tribunal de Contas.

A Constituição Federal de 1988 coloca à disposição do cidadão mecanismos que são baseados no Princípio da Transparência e da Publicidade, bem como no direito fundamental do acesso à informação, todos com assento constitucional, a fim de garantir a lisura e legitimidade da atuação estatal, especialmente no que tange à aplicação dos recursos financeiros e na correta prestação dos serviços públicos, a fim de garantir o cumprimento do dever estatal de eficiência.

Isto é evidenciado, à medida em que a Constituição Federal de 1988 prevê ser um dever da Administração Pública Direta, em todos os âmbitos federativos, e da Administração Pública Indireta e suas entidades, de cumprimento do dever de eficiência, com a gestão adequada dos recursos públicos e aplicação deste em serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

É imperioso que o cidadão possa fiscalizar, também, o cumprimento do dever de eficiência na gestão dos recursos financeiros públicos e na adequada prestação dos serviços públicos pelo Estado, inclusive com a possibilidade de que aquele realize denúncias, reclamações e solicitações ao ente estatal e, em caso de irregularidades, possa acompanhar a apuração e aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis pelas ilegalidades.

As Ouvidorias, as quais surgiram com uma ideia remota, oriunda do ordenamento jurídico sueco e denominada neste país como *ombudsman*, no qual um determinado agente público seria responsável por receber as reclamações oriundas da prestação dos serviços públicos e gestão dos recursos estatais, foi feita uma tentativa de reproduzir o dispositivo antes mesmo da Constituição de 1824 (Império) e também na Constituição nas décadas de 1970 e 1980, porém sem sucesso em razão do governo autocrático, fruto do regime militar (Estado de exceção), buscaram ampliar a participação do cidadão no

oferecimento de denúncias e reclamações aos órgãos públicos dos entes federativos para coibir e apurar ilegalidades e irregularidades nos recursos públicos.

Com a instituição do Estado Democrático e de Direito, a partir da Constituição Federal de 1988, foi possível a criação de um mecanismo de controle social mais eficiente, baseado na prerrogativa constitucional do cidadão de propor reclamações e denúncias, além de solicitações de caráter geral e pessoal, devendo o Estado e seus órgãos cumprir com a demanda, inclusive com dever de obediência ao Princípio da Eficiência da Administração Pública Direta e Indireta, em todos os níveis da Federação.

Especificamente em relação às Ouvidorias dos Tribunais de Contas, estas surgem com o objetivo de garantir que exista um canal de comunicação que viabilize a participação da sociedade civil na vida estatal, bem como o direito constitucional da população de fiscalizar toda a gestão dos recursos financeiros e de todas as contas públicas em todos os níveis da Federação brasileira, com vistas ao cumprimento dos mandamentos da Transparência, Publicidade e Eficiência para com a atuação estatal e funcionando como mecanismo de aproximação entre o controle interno (exercido pelos próprios entes federativos e seus respectivos órgãos) e do controle externo (exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas), em todos os níveis federativos.

Quanto ao objetivo geral da presente pesquisa, restou explorado que o controle externo se constitui a partir da atuação do Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas como órgãos responsáveis pela fiscalização da gestão eficiente dos recursos públicos, bem como da legalidade, regularidade e legitimidades na prestação de contas e de serviços públicos pelos agentes públicos estatais; e o controle social é importante instrumento da democracia semi-participativa, exercido pelo cidadão por meio de denúncias, solicitações e reclamações feitas aos órgãos, aos Tribunais de Contas, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, bem como de mecanismos como Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal, previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Já em relação ao objetivo específico, restou explicado que as Ouvidorias dos Tribunais de Contas, dentro do contexto do Estado Democrático e de Direito, possuem papel fundamental na aproximação entre o controle externo (feito pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas) e o controle social (realizado pelo cidadão, a partir dos instrumentos de controle social, como a tomada de contas públicas, além do Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal, estes últimos dois com previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal) para o cumprimento do dever constitucional de gestão eficiente dos recursos públicos.

Nota-se que as Ouvidorias dos Tribunais de Contas, no Brasil, desempenham junto com os órgãos de controle dos recursos e serviços públicos, importante função na consecução da finalidade pública, a partir do cumprimento dos princípios democrática da transparência, publicidade e gestão eficiente dos recursos públicos, bem como realizando a aproximação entre o controle externo e o controle social, importantes instrumentos do ordenamento jurídico e da democracia semi-participativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. In: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Tomo II. PUCSP, 2017. Disponível em:
<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>> Acesso em 22 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 08 mar de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 18 mar de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em 25 mar de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em 20 mar de 2022.

BRITO, Giovani. **Conceito, tipos e formas de controle. Controle interno e externo. Controle parlamentar. Controle pelos tribunais de contas. Controle administrativo.** *Tr: Aprova Concursos*, [s.l], 2011. Disponível em: [Slide 1 \(footprint.net\)](#). Acesso em 28 de mar. 2022.

CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. **Ouvidoria Pública como Instrumento de Mudança.** *Tr: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Texto para Discussão nº 1.480*. Brasília, mar. 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5034#:~:text=Concluiu%2Dse%20que%2C%20para%20que,e%20autonomia%20da%20ouvidoria%20p%C3%BAblica. Acesso em 30 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceria na Administração Pública**. 12ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ELIAS, Gustavo Terra. **Controle Democrático de Contas Públicas: A Importância da Sinergia entre os Tribunais de Contas e a Sociedade**. In: Revista Controle. Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo. Ceará. Vol. IX. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. nº 1, 2011. p. 57-85. Acesso em 19 mar. 2022.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MALAFAIA, Fernando César Benevuto. **Controle Social e controle externo podem interagir? Avaliação as práticas do TCE-TO no estímulo à participação cidadã**. Rio de Janeiro, 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas, FGV. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10184>> Acesso em 18 mar. 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. Revista, atualizada e ampliada: Editora Juspodivm. Salvador, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

PIO, Nuno Roberto Coelho. **Participação e controle social da Administração Pública: regime jurídico dos conselhos de políticas públicas.** São Paulo, 2017 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP. Disponível em: < Dissertação - Nuno (pucsp.br) >. Acesso em: 23 mar. 2022.

PÍTSICA, George Brasil Paschoal. **Breves Reflexões sobre Controle Externo e Controle Social.** In: Revista Controle. Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo. Ceará. Vol. IX. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. nº 2, 2011. p. 253-273. Acesso em 23 mar. 2022.

R. P. D. JESUS, M. A. R. PAJEU, D. A. GEMELLI. **Controle Externo e Controle Social: uma Análise Bibliográfica.** In: XV Jornada de InijESUS; Iniciação Científica do CEULP/ULBRA. Palmas, 2015.

SILVA, Érico Xavier Desterro e. **O Controle da Eficiência Administrativa pelo Tribunal de Contas.** São Paulo, 2020. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, USP. Faculdade de Direito da USP. Acesso em 25 mar. 2022.

VIEIRA, Evaneide Dutra; LIMA, Hermano Machado Ferreira. **Cidadania e Controle Social: a Ouvidoria como instrumento de controle e participação na administração pública.** In: Revista do Mestrado Profissional em Planejamento em Políticas Públicas – Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza/CE, 2011. Disponível em: <http://seer.uece.br/?journal=politicaspUBLICASemdebate&page=article&op=view&path%5B%5D=375>. Acesso em 28 mar. 2022.

LEGÍTIMA DEFESA: EXCLUSÃO DE ILICITUDE

DIOGO BUTEL COSTA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO-Manaus/ AM. Técnico em Administração- Senac- Am.¹⁸²

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo propõe estudar o instituto da excludente de ilicitude, mais precisamente a ação de legítima defesa, e a figura do excesso. Abordaremos, portanto, suas características, a evolução histórica, requisitos, espécies e tipos de excessos na legítima defesa, recorrendo à doutrina e à jurisprudência. É importante identificar e caracterizar cada espécie de legítima defesa e as situações de fato em que ela se aplica, como também, finalidades. Utilizar-se-á da pesquisa exploratória e a explicativa, e os procedimentos técnicos a serem abordados serão o bibliográfico e documental. O trabalho conclui que para que exista a legítima defesa deve haver o uso moderado dos meios necessários, e deve haver proporcionalidade entre a defesa empreendida e o ataque sofrido.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa. Espécies. Características. Excesso punível.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the requirements and legal limits of the exclusion of illegality in the form of self-defense. We will therefore approach its characteristics, historical evolution, requirements, species and types of excesses in self-defense, resorting to doctrine and jurisprudence. It is important to identify and characterize each kind of self-defense and the actual situations in which it applies, as well as purposes. Exploratory and explanatory research will be used, and the technical procedures to be addressed will be bibliographic and documentary. The work concludes that for there to be self-defense, there must be the moderate use of the necessary means, and there must be proportionality between the defense undertaken and the attack suffered.

KEYWORDS: Legitimate defense. Species. Characteristics. Punishable excess.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGÍTIMA DEFESA. 3. NATUREZA JURÍDICA DA LEGÍTIMA DEFESA. 4. REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA. 5. CLASSIFICAÇÃO DA LEGITIMA DEFESA. 6. OS OFENDÍCULOS E ERRO NA EXECUÇÃO NA

¹⁸² Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro. E-mail: diogobutel@yahoo.com.br.

LEGÍTIMA DEFESA. 7. O EXCESSO PUNÍVEL DA LEGÍTIMA DEFESA. 8. JURISPRUDÊNCIAS. 9. CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A legítima defesa é um importante instituto que representa um direito de defesa, de direito próprio ou alheio, de modo que exclui a ilicitude de determinados atos, quando estes surgem para proteger um bem jurídico de uma agressão injusta. De acordo com o código penal brasileiro, ocorre quando a pessoa, em defesa própria ou de terceiros, utiliza-se moderadamente dos meios necessários para repelir uma injusta agressão. Isso implica dizer que quem age em legítima defesa não comete crime. Não confunda: não é a mesma coisa que dizer que o crime existe, mas não existe pena. Simplesmente não houve crime e, portanto, não há que se falar em pena.

O Código Penal Brasileiro caracteriza-se como o ramo do ordenamento jurídico responsável por proteger os bens jurídicos mais indispensáveis para a sobrevivência do homem em sociedade. Para isso, este ramo do direito estabelece regras de boa conduta, assumindo um papel de controle dos comportamentos humanos mais graves, identificando-os ou separando-os das condutas que não são tão graves e que podem ser coibidos por outras áreas do direito. Trata-se do mais importante instrumento de controle institucionalizado de que dispõe o Estado, sendo a ultima ratio, “última razão” ou “último recurso.”

No Estado Democrático de Direito Brasileiro, quem se envolve em situações que, ao menos em tese, representem uma violação das normas do Código Penal, fica sujeito a um criterioso processo de incriminação, com todos os ônus financeiros, emocionais e sociais deste decorrente. Por isso, o direito reconhece explicitamente a existência de excludentes da ilicitude, a exemplo da legítima defesa, como forma de garantir aos cidadãos o direito de reagir diretamente à injusta agressão de outrem, de forma a fazer valer seu direito à segurança pessoal, nos casos em que não é possível socorrer-se tempestivamente ao Estado.

Conforme a redação do inciso II, do art. 23 do Código Penal Brasileiro, a legítima defesa se compreende como uma excludente de ilicitude de um crime. Ou seja, quando algum sujeito comete um ato ilícito em legítima defesa, o ato será considerado lícito para todos os efeitos legais. E, com relação ao seu significado, aduz o art. 25 do Código Penal Brasileiro: entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Para colocar em prática o estudo, propomo-nos a realizar um trabalho de análise da legislação pertinente ao objeto de estudo, a saber, o Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e suas alterações legislativas, em especial a Lei 7.209, de 11 de

julho de 1984 e, a Constituição Federal de 1988. Também é necessário realizar uma revisão bibliográfica, tendo como referencial teórico os doutrinadores Fernando Capez (2007), Silva Júnior (2002), Luiz Régis Prado (2002), César Roberto Bitencourt (2012), José Henrique Pierangeli (1980), Eugenio Raúl Zaffaroni (2013), Rogério Greco (2009), Mir. José Cerezo (2001) e Miguel Reale Júnior (1998), que colaboraram para um melhor entendimento desse instituto.

O objetivo geral desse trabalho será analisar os parâmetros legais do instituto da legítima defesa em sua forma moderada e excessiva e os fatores que levam à exclusão de ilicitude. Quanto aos objetivos específicos é descrever as principais argumentações legais da legítima defesa em sua forma moderada; avaliar como os excessos da legítima defesa podem se caracterizar atitude ilícita; demonstrar como a prática da legítima defesa em suas diversas formas pode se transformar em ilicitude.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa é a mais antiga das causas de justificação. Ela reflete uma necessidade natural do ser humano e lógica do ordenamento jurídico, tendo em vista a impossibilidade de o Estado ser onipresente em todos os locais em que ocorram agressões injustas (SILVA JÚNIOR, 2002). Sua origem remonta à Antiguidade e se perde nos primórdios da civilização.

Aparecendo no Antigo Testamento (capítulo XXII, Êxodo), no Código de Hamurabi, que já se falava e admitia a Lei de Talião. Na Grécia, o cidadão que estivesse sendo lesado de seus direitos, poderia substituir a autoridade e fazer valer seus direitos, mas foi em Roma que a legítima defesa se definiu até os dias atuais. O Direito Canônico também acolheu o instituto, atingindo o conceito atual (SILVA JÚNIOR, 2002).

A legítima defesa é uma causa de justificação que transforma uma ação típica em atípica (lícita), fazendo com que o comportamento aparentemente criminoso seja amparado pelo ordenamento jurídico.

Mas, o que é agressão humana e injusta? Agressão humana e injusta é a agressão descabida, não motivada. Caso em que o indivíduo nada fez para estar sendo agredido. O indivíduo que não contribuiu, que não criou as condições com sua conduta prévia para que a agressão se manifestasse. Quando se elimina a figura da agressão injusta, se exclui o instituto da legítima defesa.

Como principal linha de pensamento sobre o conceito jurídico de legítima defesa, explana Fernando Capez, "Causa de Exclusão De Ilicidade, que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens,

na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimado a repulsa.

3 NATUREZA JURÍDICA DA LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa é uma causa de justificação que transforma uma ação típica em lícita, fazendo com que o comportamento aparentemente criminoso seja amparado pelo ordenamento jurídico.

Prevista expressamente no artigo 25 do Código Penal (1940), que vem a conceituar o instituto da legítima defesa nesta norma penal permissiva informadora de todos os elementos que a caracterizam, nos seguintes termos: “entende-se em legítima defesa quem, utilizando-se moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Conforme Prado (2002), p. 324

a natureza jurídica ou fundamento da legítima defesa é dupla: em primeiro lugar, se faz necessário proteger o bem juridicamente protegido, em segundo lugar, se faz necessário afastar a agressão ilícita, preservando o ordenamento jurídico.

Miguel Reale Júnior (1998) defende que a natureza do instituto da legítima defesa é constituída pela possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada à impossibilidade da intervenção tempestiva do Estado, o qual tem igualmente por fim que interesses dignos de tutela não sejam lesados.

Como explica Luiz Régis Prado (2005), para se caracterizar a legítima defesa deve haver o animus de evitar a conduta do agressor a uma reação moderada e necessária. Conforme explica o autor, a legítima defesa tem como características repelir, afastar agressão injusta atual ou iminente (que está acontecendo ou que está prestes a acontecer), cometida pelo indivíduo agressor ao ofendido que se defende utilizando-se de meios moderadamente necessários para se defender sua própria vida, a vida de terceiros e patrimônio.

Este também é o pensamento de Miguel Reale Júnior (1998), quando diz que a natureza do instituto da legítima defesa é constituída pela possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada a impossibilidade da intervenção intempestiva do Estado a qual tem igualmente interesses dignos de tutela.

Segundo Nucci (2005, p. 222),

a legítima defesa é a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários. Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir as agressões a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico.

Comentando o artigo 25 do Código Penal Rogério Greco (2009) observa que a legítima defesa é um instituto destinado a proteger os bens que estão sendo ameaçados por conduta ilícita do homem. Ou seja, somente o homem pode cometer uma agressão injusta, aquela não protegida pelo Direito. Impensável, pois, cogitar sobre a legítima defesa em casos nos quais não se vislumbra a injustiça da agressão.

Por exemplo, quando ocorre um fato em que o indivíduo tem contra si uma ordem judicial de prisão preventiva decretada, de posse do mandado a autoridade policial sai à procura do agente e o prende. Mesmo o agente estando preso, não pode agredir o policial que foi a sua captura alegar a excludente de legítima defesa, isto porque a agressão a sua liberdade não é injusta. De acordo com Silva Júnior (2002), se a agressão for justa, não haverá legítima defesa.

Conforme Luiz Régis Prado (2002, p. 322) são conceituados alguns aspectos sobre a legítima defesa:

vem a ser a repulsa ou o impedimento de agressão ilegítima atual ou iminente pelo agredido ou terceira pessoa, contra o agressor sem ultrapassar a necessidade de defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la (PRADO, 2002, p. 322).

Bitencourt define agressão nos seguintes termos:

define-se a agressão como a conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. É irrelevante que a agressão não constitua um ilícito penal. A agressão, porém, não pode confundir-se com provocação do agente, devendo-se considerar a sua intensidade para valorá-la adequadamente. (...) A reação deve ser imediata à agressão, posto que a demora na repulsa descaracteriza o instituto da legítima defesa. Se passou o perigo, deixou de existir, e não pode mais fundamentar a defesa legítima, que se justificaria para eliminá-lo. (1997, p. 279-280).

Conforme se extrai dos ensinamentos dos doutrinadores aqui reproduzidos, existe legítima defesa quando houver qualquer agressão ao bem juridicamente tutelado pelo Direito, independentemente de ser pelo Direito Penal, desde que não haja outra forma de defender este bem, ou seja, o ofendido resolve defender-se respeitando os limites da lei.

Uma questão que se coloca para a doutrina e para a jurisprudência é se existe legítima defesa quando o agente dirige a sua conduta a fim de proteger bens que são atacados por inimputáveis ou esta conduta é um estado de necessidade. Segundo a doutrina, existem duas correntes que se dividem para responder esta questão. Rogério Greco (2009) diz que a primeira corrente defendida por Nélson Hungria, quanto aos inimputáveis, não pode ser aplicada à excludente de legítima defesa, mas sim o estado de necessidade, pois estes, segundo a lei, merecem tratamento diferenciado e o agente deve escolher uma forma de repulsa menos grave ou desconsiderar a agressão.

Conforme Nélson Hungria (1958 p. 638) explica,

é injusta a ação desde que seja ameaçado, sem causa legal, um bem ou interesse juridicamente tutelado. Dado este critério estritamente objetivo, seria consequência lógica a admissibilidade da legítima defesa até mesmo contra o ataque provindo de um inimputável (louco, imaturo, silvícola), pois a inimputabilidade do agente não apaga a ilicitude objetiva da ação. Cumpre, porém, que o instituto da legítima defesa tem um aspecto político ou de prevenção geral: representa um contra motivo à prática de ofensas."

Também expõe Nucci (2005, p. 222) sobre a legítima defesa:

valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir as agressões a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico.

A excludente de ilicitude tem o condão de alijar o elemento ilicitude da conduta típica, não permitindo a formação da estrutura analítica do crime, por conseguinte, afastando as consequências que devam pesar sobre o agente, isentando de pena ou diminuindo, conforme o caso em concreto. Estuda-se o cabimento da justificativa da excludente diante dos requisitos objetivos e subjetivos e preceitos legais estabelecidos em lei, bem como o excesso e seus tipos.

Baseando-se no que diz o doutrinador Fernando Capez, O Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos, logo permite que se defendam quando não houve outro meio”. Citando também a importância da legítima defesa.

4 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa tem como características repelir, afastar agressão injusta atual ou iminente (que está acontecendo ou que está prestes a acontecer), cometida pelo indivíduo agressor ao ofendido que se defende utilizando-se de meios moderadamente necessários para defender sua própria vida, a vida de terceiros e patrimônio.

Para que se possa falar em legítima defesa, de forma a distingui-la da vingança privada, é preciso que o agente se veja em situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, estando presentes os requisitos objetivos e subjetivos justificantes, agindo em sua defesa ou na defesa de outrem. Neste sentido, analisaremos os elementos e requisitos da legítima defesa.

Primeiro requisito, temos a injusta agressão. Trata-se de uma ação humana que lese a pessoa ou o direito dela ou de outros. Tudo aquilo que alguém fizer de forma ilícita, ou seja, que contrarie um direito, é uma agressão injusta. Nesse contexto, já se inicia a possibilidade de aplicação de defesa, legítima.

Segundo requisito, temos a atualidade ou iminência da agressão. Para que se aplique a legítima defesa, essa injusta agressão explanada acima, necessita estar ocorrendo no tempo presente, ou que ocorrerá em um tempo breve, pois caso tenha ocorrido no passado, será entendido como vingança, e se em um futuro distante não haveria forma de prever, não aplicando essa excludente.

Em todo caso, deverá se levar em conta a situação de perigo gerada no espírito de quem se defende para poder determinar, tanto a atualidade, bem como a iminência do perigo.

Terceiro requisito, temos a utilização dos meios necessários para a reação. Seria o mesmo que dizer que é o uso do “essencial para repelir o ataque do agressor”. Entretanto somos informados por esse princípio que se houver uma forma melhor de repelir a injusta agressão que não seja tão letal ao agressor essa deve ser utilizada.

Quarto requisito, temos a moderação da reação. Entende-se esse elemento como sendo a razoável proporção entre a defesa realizada e o ataque sofrido. Uso moderado dos meios necessários, se não houver moderação, também não haverá a Legítima Defesa.

A exemplo temos a questão da quantidade de tiros, ou de facadas, ou de meio empregado, tudo que a imaginação possa alcançar. Importante conhecer as minúcias do caso concreto, para poder analisar a questão da moderação na legítima defesa.

Quinto requisito, temos a proporcionalidade na legítima defesa. Não existe uma exigência positivada na legislação sobre a proporcionalidade, mas os tribunais através de suas jurisprudências já pacificaram a questão da exigibilidade da legítima defesa. A exemplo, alguém que executa um ladrão que estava desarmado, a depender do caso, será apontado o excesso na defesa, jogando por terra essa tese de Legítima Defesa.

Estes requisitos, segundo Prado, são subdivididos em requisitos objetivos, aqueles relacionados ao fato em si, que devem ser conscientes e voluntários, com a vontade de atingir o bem jurídico e os requisitos subjetivos, quando o autor é consciente da agressão com a vontade de atuar em sua defesa ou defesa de outrem.

Conforme Capez (2007, pp. 282 – 287), os requisitos da legítima defesa são:

Agressão Injusta: é toda conduta humana que ataca um bem jurídico. Só as pessoas humanas praticam agressão. Ataque de animal não configura a legítima defesa. Injusta é ao contrário ao ordenamento jurídico. **Agressão atual ou iminente:** atual e aquela que está acontecendo naquele momento da reação defensiva. Iminente é aquela que está prestes a acontecer. **Agressão a direito próprio ou alheio:** direito próprio ou defesa de direito próprio. Na legítima defesa de terceiro, a conduta pode dirigir-se a contra o próprio terceiro defendido. **Meios necessários:** são os meios lesivos colocados à disposição do agente no momento em que sofria a agressão. **Moderação:** é o emprego dos meios necessários dentro do limite, razoável para conter a agressão. **Conhecimento da ação justificante:** se o agente desconhecia a situação atual ou iminente estaria descartada a situação de legítima defesa.

5 CLASSIFICAÇÃO DA LEGITIMA DEFESA

Greco (2009) explica que o instituto da legítima defesa é constituído por duas espécies, a saber: a primeira é a legítima defesa autêntica ou real; a segunda é a legítima defesa putativa ou imaginária. Na legítima defesa autêntica ou real, a agressão injusta ocorre concretamente no mundo real. Realmente está acontecendo ou prestes a acontecer uma agressão que pode ser barrada ou impedida pela vítima, desde que sua conduta seja moderada e que não haja excessos.

Já a legítima defesa putativa ou imaginária ocorre quando a situação de agressão é imaginária, só ocorre na mente do agente. É quando o indivíduo acredita que será injustamente agredido.

A legítima defesa putativa ou imaginária encontra-se no parágrafo 1º do art. 20 do Código Penal, quando diz:

§1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a situação a legítima. Não há isenção da pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

6 OS OFENDÍCULOS E ERRO NA EXECUÇÃO NA LEGÍTIMA DEFESA

Os ofendículos são aparelhos predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros etc.) visíveis e a que estão equiparados aos “meios mecânicos” ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparar à entrada de intrusos etc.) (MIRABETE, 1994). Outro instituto importante segundo Rogério Greco (2009), que não poderemos deixar de mencionar, é o instituto da aberratio ictus, hipótese de legítima defesa com erro na execução. Conforme o art. 73 do Código Penal:

Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no §3º do art. 20 deste código.

A aberratio ictus, segundo Fernando Capez (2007), é uma espécie de erro de tipo acidental, também podemos chamá-la como desvio no golpe ou erro na execução do crime. O agente não se confunde com a pessoa que pretende atingir, mas age de forma desastrada, ou seja, erra o alvo atingindo outra pessoa que não tinha nada a ver com a situação. O agente, ao acertar a vítima pretendida, acaba acertando vítima inocente, por consequência, o agente deveria responder por tentativa de homicídio em concurso com lesões corporais ou até homicídio culposos aquele em que o agente não tem intenção de matar.

7 O EXCESSO PUNÍVEL DA LEGÍTIMA DEFESA

Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, o parágrafo único do art. 23 do Código Penal disciplina o excesso punível nos seguintes termos: parágrafo único- O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

O excesso punível inicia-se quando cessa a injusta agressão e aquele que estava se defendendo continua sua “defesa”, mesmo assim. O Código Penal aponta ainda que o

excesso punível pode ocorrer em duas modalidades, sendo elas a forma culposa e a forma dolosa.

Na modalidade culposa, o agredido, após cessar a injusta agressão, age de forma negligente imprudente ou imperita e, dessa forma, dá continuidade à sua "defesa". Ao passo que, na modalidade dolosa, o agredido decide por vontade livre e consciente, continuar a "defesa", após cessada a injusta agressão.

A verdade é, que na prática, diferenciar o que é legítima defesa e o que é o excesso punível se mostra como um exercício hercúleo, pois não raro, são as situações extremas, nas quais os elementos que envolvem a injusta agressão são, por demais, complexões, como o abalado emocional dos envolvidos, a dosagem do que é a moderação no caso concreto, o momento em que se interrompe a injusta agressão e passa-se ao excesso, entre outros, salvos nas hipóteses em que o agente demonstra claramente com seus atos pós-defesa que sua intenção era de fato vingar-se da injusta agressão. Trata-se, portanto, de um terreno profundamente nebuloso aferir se de fato ocorreu ou não o excesso punível.

O excesso pode ser doloso ou culposos. Segundo Greco (2009, p.360),

O excesso doloso pode ocorrer quando o agente, mesmo sabendo que com sua conduta inicial já havia feito cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa: *a)* da continuidade ao ataque, sabendo que não podia prosseguir, porque já não se fazia mais necessário; *b)* continua o ataque, porque incorre em erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação).

Para Hungria (1958, pp. 304-305 *apud* GRECO, 2009, pp. 361, 362) ocorre o excesso culposos nas seguintes situações:

a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, e hipótese na qual será aplicada a regra do artigo 20, § 1º, segunda parte, do Código Penal ou quando o agente em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito à aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um "erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao *modus* da reação" (excesso culposos em sentido estrito).

Na visão de Rogério Greco (2009, p. 359), Se alguém está sendo agredido por outrem, a lei penal faculta que atue em sua própria defesa. Para tanto, para que o agente possa afastar a ilicitude de sua conduta e ter ao seu lado a causa excludente, é preciso que

atenda, rigorosamente, aos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, previstos no art. 25 do Código Penal. Se, mesmo depois de ter feito cessar a agressão que estava sendo praticada contra a sua pessoa, o agente não interrompe seus atos e continua com a repulsa, a partir desse momento já estará incorrendo em excesso.

Conforme Rogério Greco (2009),

os excessos na legítima defesa também podem ser: excesso intensivo, excesso extensivo e excesso exculpante. O excesso intensivo é quando o agente, por medo, susto ou indignação excede a medida da moderação necessária para a sua defesa. Neste caso, o agente poderia ter reagido de forma menos lesiva. O excesso extensivo ocorre quando já terminada a agressão injusta contra sua pessoa, o agente continua atacando mesmo sem ser necessário.

Segundo Hungria (1958, p. 305, *apud* GRECO, 2009, p. 365),

Há inferioridade do valor do bem ou interesse defendido, em confronto com o atingido pela repulsa.

Configurado o excesso punível, o agente responde pelo resultado, isso é, se, após cessada a injusta agressão, o injusto agressor inicial morre em razão do excesso, a pessoa responde por homicídio, mas se no caso o excesso resultou em uma lesão que não deu causa a morte, responde por lesão corporal.

Assim, estes requisitos, segundo Prado, são subdivididos em requisitos objetivos, aqueles relacionados ao fato em si, que devem ser conscientes e voluntários, com a vontade de atingir o bem jurídico e os requisitos subjetivos, quando o autor é consciente da agressão com a vontade de atuar em sua defesa ou defesa de outrem.

Segundo Silva Júnior (2002),

para ser considerada ação de legítima defesa se faz necessário que estejam presentes seus requisitos legais; se faltar um dos requisitos o agente não estará acobertado pela excludente de ilicitude e será responsabilizado pela conduta praticada.

De acordo com Prado (2002), não são autorizadas pela lei ações defensivas desproporcionais contra ataques insignificantes. Em suas palavras:

Diante de uma agressão atual ou iminente, ilícita, dolosa, não há fundamento jurídico para impor limites à autonomia pessoal (dever de fuga, desvio, solidariedade etc.). Advirta-se, contudo, que isso não equivale a autorizar reações defensivas desproporcionadas, contra

ataques insignificantes. Deve haver direito próprio ou alheio, onde o portador do bem jurídico tem direito a integridade física, patrimônio, honra, saúde. Moderação ao uso dos Meios necessários.

Quanto aos meios necessários, o agredido pode utilizar o que tiver nas mãos para se defender, podendo ser um objeto qualquer, um pau, um revólver, uma chave de fenda, uma faca, não é a quantidade de tiros ou a quantidade de facadas que determinará se uma conduta é ação de excludente ou não, o que identifica é a vontade de fazer parar a atual ou iminente agressão injusta.

Silva Júnior (2002, p. 151), em suas palavras, explica:

(...) o que significa que o agredido poderá usar dos meios que possuir e tiver em mãos, para evitar ou fazer cessar a agressão sofrida. De fato, se pudesse evitar por outro meio, então não estaria ele em legítima defesa. É o caso de alguém que tendo um pedaço de pau nas mãos agride um agressor e fere. Usou este pedaço de pau porque era o que possuía naquele momento. Se, todavia, possuísse uma faca ou um revólver e se fosse somente esse o meio que possuía, era exatamente isso que ele iria usar.

Da mesma forma, quanto aos requisitos da legítima defesa, Zaffaroni e Pierangeli também dissertam sobre o tema: a defesa de um direito seu ou de outrem abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico, apenas exigindo certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance (2009, p. 341).

A moderação deve estar presente na reação da legítima defesa, sob pena de o agente incorrer em excesso. Conforme Greco (2009, p. 349),

além de o agente selecionar o meio adequado à repulsa, é preciso que, ao agir, o faça com moderação, sob pena de incorrer no chamado excesso. Quer a lei impedir que ele, agindo inicialmente numa situação imoderada, ultrapassando aquilo que, efetivamente, seria necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada.

Como aduz o parágrafo único do art. 23 do Código Penal Brasileiro,

o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Mirabete explica, sobre a moderação e os meios necessários que, legítima defesa é uma reação humana e não se pode medi-la com um transferidor, milimetricamente, quanto à proporcionalidade de defesa e o ataque sofrido pelo sujeito (1994, p. 349)."

Em sentido contrário, como explica José Cerezo Mir (2009, p. 348):

"é incompatível com o fundamento da causa de justificação de legítima defesa a exigência da proporcionalidade ou de que não exista uma grande desproporção entre o mal causado na reação defensiva e o que se pretendia produzir com a agressão ilegítima. A reação defensiva pode ir até onde seja necessária para impedir ou repelir a agressão ao bem jurídico e ao ordenamento jurídico.

Assim, para se verificar até qual momento ou qual o limite que o agente estará amparado pela legítima, é o momento em que o agente faz cessar, ou barrar, ou evitar a injusta agressão; após isto já será excesso e o agente responderá pela conduta excessiva, seja culposa ou dolosamente. (GRECO, 2009, p. 350).

Mas, preenchendo todos os requisitos e, depois de agir nessa Legítima Defesa, continuando no ataque, nessa tentativa frustrada, após finalizar a Legítima Defesa, aí sim haverá o Excesso, porque houve o preenchimento dos requisitos, mas continuou agindo após os requisitos da Legítima Defesa.

8 JURISPRUDÊNCIAS

Neste contexto sobre o excesso na legítima defesa temos como exemplo uma apelação criminal do TJ-AM Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas: Apelação Criminal nº 0737268-61.2020.8.04.0001, da 2ª Câmara Criminal de AM:

EMENTA: PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO EM PLENÁRIO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. COMPETÊNCIA JUÍZO SINGULAR. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO CONFIGURADA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DE PENA. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. BEM VALORADAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACRÉSCIMO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). REDIMENSIONAMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA ART. 129, §4º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.1 Com a desclassificação, não é possível dar continuidade à quesitação, pois a competência não é mais do Tribunal do Júri, mas sim do Juiz Criminal, nos termos do art. 492, §

1º, do Código de Processo Penal. 2 - Pelo conjunto da instrução probatória e pela forma como ocorreram os fatos, não há como se dar provimento ao pedido de absolvição com fundamento na excludente de ilicitude da legítima defesa. 3 - Inviável a desclassificação para o delito de lesão corporal grave, mantendo-se a condenação do acusado pela prática do delito tipificado no art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal. 4- Justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal quando os motivos do crime foram negativamente valorados mediante fundamentação idônea e baseada em fatos. 5- Quanto às consequências do crime, a despeito dos argumentos apresentados pela douta defesa, razão não lhe assiste. A fundamentação apresentada é juridicamente idônea e, portanto, deve prevalecer. 6 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 7 - Inviável o reconhecimento da causa de diminuição de pena da lesão corporal privilegiada, disposta no art. 129, §4º, CP, uma vez que não existe qualquer elemento de que houve provocação injusta por parte da vítima 8- Apelação criminal conhecida e parcialmente provida.

Também podemos identificar claramente as características da legítima defesa neste recurso do STJ, publicado em 28/02/2012, a seguir:

Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS. REVISÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. DANO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. LEGÍTIMA DEFESA REAL. REQUISITOS. CULPA. CONCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO DA VÍTIMA. PROPORÇÃO ENTRE A CULPA DA VÍTIMA E A DO AUTOR DO DANO 1. O conhecimento do recurso especial como meio de revisão do enquadramento jurídico dos fatos realizado pelas instâncias ordinárias se mostra absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem esses fatos como traçados pelas instâncias ordinárias, tendo em vista o óbice contido no enunciado nº 07 da Súmula/STJ. 2. Não se admite como proporcional ao questionamento feito pelo autor, ainda que em tom sarcástico, no sentido de saber se o réu ainda estava falando mal dele, seguido do ato de segurar, de forma amistosa, o braço do seu interlocutor, a reação do réu, de imediatamente desferir no autor um golpe com a

cabeça, com força tal que fraturou o nariz da vítima e cortou o supercílio do próprio agressor. Não se ignora que, antes desse fatídico dia, o autor havia sido descortês com o réu, mas sua atitude não passou de um comportamento reprovável do ponto de vista da etiqueta social, quando muito um ato injurioso, inexistindo nos autos registro de conduta pretérita que permitisse ao réu supor que o autor pudesse adotar qualquer atitude tendente à violência física. Não bastasse isso, as partes se encontravam no interior de um posto bancário, sendo certo que naquele momento estavam no local outras pessoas, ou seja, um ambiente tranquilo e cordial, nada ou pouco propício a levantar a suspeita de um possível ataque físico. 3. Tendo o réu incorrido em equívoco na interpretação da realidade objetiva que o cercava, supondo existir uma situação de perigo que, aos olhos do homem-médio, se mostra totalmente descabida, sua conduta caracterizou legítima defesa putativa, a qual não exclui a responsabilidade civil decorrente do ato ilícito praticado. 4. A legítima defesa real, prevista no art. 25 do CP, possui como pressupostos objetivos não apenas a existência de agressão injusta, mas moderação no uso dos meios necessários para afastá-la. 5. Na concorrência de culpas, a indenização da vítima será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa, em confronto com a do autor do dano, nos termos do art. 945 do CC/02. 6. Recurso especial provido (...). STJ - RECURSO ESPECIAL- REsp1119886 RJ 2009/0015633-5 (STJ).

9 CONCLUSÃO

Conforme analisamos no trabalho, a Constituição exerce duplo papel. Por um lado, orienta o legislador, elegendo valores indispensáveis à sociedade e, do outro, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que este mesmo legislador proíba ou imponha certos comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana.

A discussão sobre a legítima defesa é uma questão muito difícil de ser demarcada no momento da agressão, pois a depender das condições subjetivas, morais, éticas, culturais, o indivíduo ao se utilizar desse instituto deve fazê-lo de modo a assegurar sua prática de modo eficiente e dinâmico. E o modo eficiente é não extrapolar os sentimentos de vingança, tornando ilegítimo o ato.

No desenvolvimento do trabalho procuramos mostrar que a legítima defesa é uma das excludentes de ilicitude na qual o agente tenta repelir injusta agressão de forma atual ou eminente, utilizando-se dos meios necessários dos quais, de outro modo, ele não poderia evitar. Esta conduta ocorre quando o Estado não tem condições de propor proteção adequada a todos os cidadãos. Neste momento em que o Estado não se faz

presente, permite-se que o indivíduo se defenda quando não houver outro meio. Quanto à ilicitude, no que diz respeito ao conceito analítico de crime e suas características, foram explicadas as causas de excludentes de ilicitudes e sua evolução histórica. Dentre as causas de excludentes de ilicitude, nos dedicamos apenas ao estudo da legítima defesa.

Pode-se concluir que ocorre o excesso da legítima defesa por parte do agente quando ele atua imoderadamente e utiliza-se de meios desproporcionais para empreender a repulsa, transformando o amparo inicial da excludente de ilicitude em conduta punível, seja de forma dolosa, culposa, extensiva ou intensiva, e fazendo o agente responder pelos resultados advindos do excesso, sem, no entanto, desamparar a legítima defesa. Também, mostrar a relevância de sua discussão à luz do Estado democrático de direito, sobre o qual a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal brasileiro estão harmonizados na defesa da legalidade e em defesa da liberdade.

10 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual do direito penal**. Parte geral. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral, v. 1, ed. Saraiva, 2007.

CÓDIGO PENAL, Decreto-Lei n 2.848\1940, 2011.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, Senado Federal, Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 14 mai. 2022.

CEREZO, Mir. José. **Curso de derecho penal espanhol**. Parte general, Madrid, Editorial Tecnos, v. II e III, .

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. Vol. 1, 11ª edição, Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009.

PIERANGELI, José Henrique (coord.). **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

PRADO Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5ª ed. V. 1. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – parte geral, Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2002.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes, **Curso de Direito Processual Penal, Teoria (Constitucional) do Processo Penal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ - **RECURSO ESPECIAL**, Processo Eletrônico **REsp 1119886 RJ**, Terceira Turma, Número Registro: 2009/0015633-5. Data de publicação: 28/02/2012, JULGADO: 20/09/2011.
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612584/recurso-especial-resp-1119886-rj-2009-0015633-5-stj/certidao-de-julgamento-21612587>. Acesso em: 10 fev. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE AM. **Apelação criminal**: APR 10702096149951001 MG. Processo: Apelação Criminal nº 0737268-61.2020.8.04.0001 AM/ Relator(a): Des. Cezar Luiz Bandiera: 15/01/2013\Órgão Julgador: Câmaras Criminais Isoladas/1ª CÂMARA CRIMINAL. Publicação: 18/01/2013. Acesso em 02 de mai. 2022

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Enrique. **Direito penal brasileiro**. 2ª ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEI MARIA DA PENHA E LEI DO FEMINICÍDIO: REFLEXOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

BRENDA ANDRADE DE SOUSA:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG.¹⁸³

MARCO ANTONIO ALVES BEZERRA¹⁸⁴

(orientador)

RESUMO: A violência doméstica e familiar no Brasil é combatida por todo o ordenamento jurídico brasileiro e tem como duas principais normas protetivas a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e Lei do Femicídio (Lei nº 13.104/2015). As duas normas têm o propósito de por fim aos atos de violência cometidos contra a mulher e punir o agente delituoso com sanção penal que corresponda à gravidade do delito. A considerar o a existência de tais normas, o estudo tem o objetivo de discutir a importância e os reflexos dessa norma no contexto da violência em ambiente doméstico para ao final apontar a importância dessas leis como medidas de proteção legal à mulher. Desenvolvida com base em pesquisa de revisão bibliográfica, o presente artigo científico irá discorrer sobre o tema, apontar dados oficiais e destacar a necessidade de se conscientizar a população e aplicar efetivamente as disposições contidas nas normas, para enfim assegurar os direitos fundamentais das mulheres.

Palavras-chave: Direitos da Mulher. Violência Doméstica e Familiar. Lei Maria da Penha. Femicídio. Reflexos.

ABSTRACT: Domestic and family violence in Brazil is fought by the entire Brazilian legal system and its two main protective rules are the Maria da Penha Law (Law 11,340/2006) and the Femicide Law (Law nº 13,104/2015). The two norms are intended to put an end to acts of violence committed against women and to punish the offender with a criminal sanction that corresponds to the seriousness of the crime. Considering the existence of such norms, the study aims to discuss the importance and the reflexes of this norm in the context of violence in the domestic environment, in order to finally point out the importance of these laws as legal protection measures for women. Developed based on bibliographic review research, this scientific article will discuss the subject, point out official

183 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG.

184 Professor orientador no curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG.

data and highlight the need to make the population aware and effectively apply the provisions contained in the norms, to finally ensure the fundamental rights of women.

Keywords: Women's Rights. Domestic and Family Violence. Maria da Penha Law. Femicide. reflexes.

Sumário: 1. Introdução. 2. Materiais e Métodos. 3. O Histórico da violência doméstica e familiar no Brasil. 4. O surgimento da Lei Maria da Penha e a definição legal da violência doméstica e familiar. 5. Direitos da mulher e sua proteção na esfera penal segundo a Lei 11.340/2006. 6. A Lei do Feminicídio e a alteração legislativa no âmbito da violência contra a mulher. 7. A violência doméstica e familiar no Brasil após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio. 8. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil assumiu em 1979, por meio de tratado internacional, o compromisso de combater todo e qualquer ato de discriminação contra a mulher, reconhecidamente detentora dos mesmos direitos em relação aos homens.

Contudo, foi somente no ano de 2006 que a Lei nº 11.340, popularmente denominada Maria da Penha em homenagem à mulher que sofreu violências domésticas e duas tentativas de assassinato por parte de seu marido, entrou em vigor no Brasil para coibir atos de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Em complemento a esta norma protetiva, que traz em seus dispositivos medidas para proteger, coibir e punir atos de violência física, moral, psicológica, sexual e patrimonial, foi sancionada em 2015 a Lei nº 13.104 que inseriu ao crime de homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal uma nova modalidade qualificada do delito: o feminicídio.

A considerar a vigência dessas duas normas protetivas no direito brasileiro, a pesquisa tem como propósito destrinchar essas duas leis e analisar seu reflexo no dia a dia da mulher, discutindo sua importância e eficácia no ordenamento jurídico como mecanismos de combate à violência doméstica e familiar que possui índices elevados no Brasil.

Para isso, o estudo irá apontar a proteção dada à mulher pelas leis nacionais e internacionais e, após abordar as disposições das Leis Maria da Penha e do Feminicídio, discorrer sobre seus reflexos no cenário atual, em que o combate à violência contra a mulher é uma preocupação do Estado e da Sociedade como um todo.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Esta pesquisa científica intitulada “Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio: reflexos da violência doméstica no Brasil” foi elaborada no Município de Gurupi, no primeiro semestre do ano de 2022 e teve como propósito analisar os direitos e garantias das mulheres e discutir as disposições legais e a importância dessas duas normas protetivas.

Foi desenvolvida através de pesquisa de revisão de bibliografia, pautada em doutrinas e estudos sobre o tema já publicados no Brasil, disponíveis em acervo físico e digital. Quanto ao seu objetivo, classifica-se como pesquisa exploratória, já que há o estudo aprofundado sobre as Leis Maria da Penha e do Feminicídio e a exposição dos resultados sobre sua aplicação prática de forma escrita.

3 O HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO BRASIL

Percorreu-se um longo período histórico até o surgimento do debate jurídico e social que desencadeou a criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil.

Nos séculos anteriores, as mulheres exerciam um papel apenas familiar e estavam restritas às funções domésticas impostas pela sociedade da época, sendo que a tomada de decisões era exclusiva do homem, que detinha poder sobre a mulher (ESSY, 2017).

Antes de entrar em vigor o Código Civil de 2002, atualmente vigente, imperava no Brasil o pátrio poder, em que a figura feminina era tratada de forma inferior dentro da sociedade em que vivia.

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo no ano de 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade. Detinha ele o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal. Por isso é que a mulher, ao casar, perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, tal como são considerados os indígenas, os pródigos e os menos com idade entre 16 e 18 anos. Para trabalhar, ela precisava da autorização do marido. A família identificava-se pelo nome do varão, sendo a esposa obrigada a adotar o sobrenome dele. O casamento era indissolúvel. O desquite rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal (DIAS, 2021, p. 148).

Com o passar dos anos, na medida em que foi se tornando constante a luta por igualdade de direitos entre homens e mulheres, o cenário de menosprezo em relação a

essas alterou-se, inclusive por meio de produções legislativas. As mulheres conquistaram o direito ao voto, ao divórcio, dentre outros e foram reconhecidamente declaradas iguais por meio da Constituição Federal de 1988, cujo texto “equiparou, no Capítulo VII, homens e mulheres em direitos e obrigações (princípio da isonomia), estabelecendo como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana”. (ANDREUCCI, 2017, p. 783).

Essas mudanças deixaram clara a necessidade de afastar de vez a ideia de que a mulher devia estar subordinada ao marido e a mercê dele, muitas vezes sofrendo violência dentro do lar sem nada reclamar sob a ideia ultrapassada de que “em briga entre marido e mulher não se mete a colher”.

O fato de estar a mulher casada ou residir com seus genitores não afastam por si só a ilicitude da conduta violenta, antes aceita pela sociedade. A necessidade de se impedir atos de violência contra a mulher foi tornando-se tema de debate em todo o mundo e não apenas no Brasil.

Como resultado dessa necessidade de reconhecer a mulher como indivíduo igual em direitos e de impedir atos de violência contra a mulher, em 1979 a Assembleia Geral das Nações Unidas elaborou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), tratado internacional promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 4.377/2002, com o intuito de garantir a dignidade humana e impedir qualquer ato de discriminação contra a mulher, isto é impedir “toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres” (ANDREUCCI, 2017, p.784).

No ano de 1994, foi vez da Organização dos Estados Americanos (OEA) criar seu tratado de proteção a mulher através da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher realizada em Belém do Pará no ano de 1994 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 1.973/96, que afirma ser a violência contra a mulher uma violação aos direitos humanos e uma ofensa à dignidade humana, que não se caracteriza apenas como violência física mas “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, 1996).

São essas as principais normas internacionais que embasaram a proteção à mulher, assim como a Constituição Federal de 1988, que reconhece expressamente a igualdade de direitos entre homens e mulheres e destaca a dignidade humana como direito essencial de todo ser humano a ser resguardado pelo Estado. Contudo essa regulamentação não foi suficiente, fato que embasou a criação de uma legislação especificamente voltada à proteção da mulher no âmbito doméstico e familiar, que é a Lei Maria da Penha.

4 O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA E A DEFINIÇÃO LEGAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Foi por meio dos tratados internacionais citados acima que o Brasil assumiu o compromisso de proteger a mulher e impedir qualquer ato de violência, seja ele de qualquer natureza.

Contudo, foi somente após o caso de Maria da Penha Maia Fernandes tomar proporção internacional que a violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar passou a ser efetivamente enfrentado e combatido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Maria da Penha foi vítima de violência doméstica e familiar praticada por seu marido Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano com quem se casou no ano de 1976 e teve três filhas. Foi após obter sua cidadania brasileiro e sua estabilidade profissional e financeira que as agressões contra sua mulher tiveram início (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2022).

As atitudes violentas e o comportamento explosivo com a mulher e as filhas foram se tornando constantes até que em 1983 Marco Antonio tentou matar Maria da Penha por duas vezes:

Primeiro, ele deu um tiro em suas costas enquanto ela dormia. Como resultado dessa agressão, Maria da Penha ficou paraplégica devido a lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda – constam-se ainda outras complicações físicas e traumas psicológicos. No entanto, Marco Antonio declarou à polícia que tudo não havia passado de uma tentativa de assalto, versão que foi posteriormente desmentida pela perícia. Quatro meses depois, quando Maria da Penha voltou para casa – após duas cirurgias, internações e tratamentos –, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho. (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2022, p.1).

A partir daí Maria da Penha travou uma verdadeira batalha para ver seu agressor punido pelos crimes de violência que praticou no âmbito doméstico e familiar.

Seu primeiro julgamento ocorreu após 8 (oito) anos da prática da tentativa de homicídio (1991) e apesar de condenado a 15 (quinze) anos de prisão, saiu do julgamento em liberdade e a decisão proferida pelo Juri foi anulada posteriormente por alegada falha processual. Em 1996 foi julgado pela segunda vez, dessa vez condenado à 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão, a qual também não foi cumprida por Marco Antonio em razão de recursos de sua defesa (PORTAL GELEDES, 2013) .

Com a ajuda do Centro para a Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, Maria da Penha conseguiu denunciar seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - CIDH/OEA. Ainda assim, o Estado brasileiro permaneceu omissos e não se pronunciou em nenhum momento durante o processo. Só em 2001, após receber quatro ofícios da CIDH/OEA (1998 a 2001), o Estado foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras. Em 2002, formou-se um Consórcio de Organizações Não Governamentais Feministas, que pressionavam as autoridades para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher (IBDFAM, 2020).

Foi somente no ano de 2006 que Lei 11.340 foi sancionada pelo então Presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva e popularmente denominada de Lei Maria da Penha em homenagem à mulher que lutou por anos pela efetiva punição de seu agressor.

A Lei 11.340/2006 criou mecanismos para impedir e punir atos de violência no ambiente doméstico e familiar cuja abrangência foi definida no seu artigo 5º nos seguintes moldes:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (BRASIL, 2006).

Cabe à Lei Maria da Penha definir a violência e dispor sobre o procedimento legal a ser adotado com o fim de impedir e punir atos de violência contra a mulher no Brasil.

5 DIREITOS DA MULHER E SUA PROTEÇÃO NA ESFERA PENAL SEGUNDO A LEI 11.340/2006

Conforme dispõe sua Ementa, a Lei Maria da Penha é uma norma criada com o propósito de impedir e reprimir os atos de violência doméstica e familiar que sejam cometidos contra a mulher, aqui interpretada de forma ampla para abranger transexuais do gênero feminino (ANDREUCCI, 2017).

É, portanto, uma norma protetiva “concebida para tutelar a mulher que se encontra em uma situação de vulnerabilidade no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, é nesse sentido que seus dispositivos deverão ser interpretados” (LIMA, 2016, p. 893).

Já em seus primeiros dispositivos a Lei 11.340/2006 reafirma os direitos das pessoas do gênero feminino, dispondo:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2006).

Apesar de parecer redundante a previsão expressa dos direitos fundamentais das mulheres, por serem eles essenciais a todo ser humano, a conduta de dispor sobre eles se mostra necessária em razão da histórica exclusão das mulheres na sociedade (LIMA, 2016). Por isso a norma, antes mesmo de definir sua amplitude, destaca os direitos fundamentais os quais justificam a criação da Lei.

Como dito, a Lei Maria da Penha repreende e pune os atos cometidos contra a pessoa do gênero feminino no ambiente doméstico e familiar, violência essa punida não apenas quando atinge a integridade do corpo feminino.

Dispõe o caput do artigo 5º da Lei que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006).

Desta forma, sempre que a conduta do agente atingir uma dessas espécies de violência, e for cometida no ambiente afetivo, configurada estará a aplicação das disposições da Lei Maria da Penha.

Somente pode figurar no polo passivo das ações penais da Lei Maria da Penha a vítima que seja do gênero feminino, enquanto que o autor do crime pode ser tanto um homem quanto uma mulher, já que a norma não se aplica apenas a relações heteroafetivas; ela independe da orientação sexual.

Uma vez cometido o delito no contexto da Lei 11.340/2006, estará o agressor sujeito a normas mais rigorosas: não permite aplicação de penas de natureza pecuniária, de penas de cesta básica ou qualquer outra substituição de pena que gere para o agressor o pagamento isolado de multa; e afasta o caráter de menor potencial ofensivo e a aplicação da Lei do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/1995), tornando inaplicáveis os benefícios da transação e da suspensão condicional do processo (BRASIL, 2006).

Além disso, todas as ações de violência doméstica e familiar praticadas contra a mulher tem natureza de ação pública incondicionada, de iniciativa do Ministério Público que independe de representação da vítima (ANDREUCCI, 2017).

Apesar de prever tanto medidas de prevenção quanto de punição de violência contra a mulher, essa norma deixou ainda uma lacuna a ser preenchida no tocante ao punir com mais rigor os casos de homicídio contra a pessoa do sexo feminino, a qual desencadeou a criação de uma outra norma de proteção da mulher: a Lei do Feminicídio.

6 A LEI DO FEMINICÍDIO E A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO AMBITO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Conforme já destacado, existe no Brasil a lei que pune os atos de violência contra a mulher cometida no ambiente doméstico e familiar desde o ano de 2006, quando entrou em vigor a Lei Maria da Penha.

Ocorre que esta norma, reconhecidamente essencial no ordenamento jurídico brasileiro, não trazia em seu bojo dispositivo relacionado ao homicídio da mulher resultado da violência doméstica e familiar.

Isso porque a violência doméstica e familiar resulta no óbito de mulheres quando a vítima não consegue manter-se afastada do seu agressor. Parecia inconcebível que não houvesse a punição mais rigorosa para o cometimento do assassinato das mulheres dentro do ambiente familiar, com punição condizente à gravidade da conduta.

Foi somente no ano de 2015 que houve a entrada em vigor de um dispositivo específico para punir esse crime, denominado de Feminicídio: a Lei nº 13.104/2015.

Trata-se de uma modalidade de homicídio que foi inserido no Código Penal Brasileiro para “prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio” e inserido na Lei nº 8.072/1990 “para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos” (BRASIL, 2015).

Desde então, o Código Penal prevê o Feminicídio como uma das modalidades qualificadas do crime previsto no artigo 121 que pune o ato de “matar alguém”. É também considerado um crime hediondo.

O feminicídio, modalidade qualificada de homicídio que é punida com pena de privação de liberdade de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, está prevista no inciso VI do §2º do artigo 121 e é aquele cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (BRASIL, 1940).

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 1940).

A primeira situação que o caracteriza é justamente a ocorrência do crime no âmbito doméstico e familiar, ou seja, quando for cometido nas circunstâncias descritas na Lei Maria da Penha. Caso a violência contra a mulher em seu ambiente íntimo desencadeie a morte da vítima, o autor(a) do crime será punido pelo crime de feminicídio.

A segunda hipótese de feminicídio é o cometido por desprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima, que segundo Rogério Grecco “pode ser entendido no sentido de desprezo, sentimento de aversão, repulsa, repugnância a uma pessoa do sexo feminino; discriminação tem o sentido de tratar de forma diferente, distinguir pelo fato da condição de mulher” (GRECO, 2017, p. 487).

Além de ser um crime qualificado, o feminicídio pode ainda ser majorado caso seja cometido nas hipóteses previstas no 7º, são elas:

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (BRASIL, 1940).

Portanto, foi no ano de 2015 que o feminicídio passou a ser punido pelo Código Penal, que consiste no assassinato de mulheres em razão de seu gênero, diferente do feminicídio, denominação usada pra destacar que a vítima é do sexo feminino.

A lei pune mais gravemente aquele que mata mulher por “razões da condição de sexo feminino” (por razões de gênero). Não basta a vítima ser mulher para que exista o crime de feminicídio, é preciso que a morte aconteça pelo simples fato de a vítima ter a condição de sexo feminino. Antes da Lei n. 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Matar uma mulher pelo fato de ela ser mulher caracterizava homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe, a depender do caso concreto. Após a Lei n. 13.104/2015, tal motivação acarreta a adequação típica do fato ao art. 121, § 2º, VI, do CP (CAPEZ, 2018, p.136).

Hoje em dia, quando cometida a violência doméstica ou o feminicídio, estarão os agressores sujeitos ao rigor das duas normas destacadas acima, criadas com o propósito de assegurar os direitos fundamentais da mulher. Passados anos desde sua criação, questiona-se quais as mudanças se podem apontar dentre o surgimento de tais leis protetivas.

7 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO BRASIL APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI MARIA DA PENHA E DA LEI DO FEMINICÍDIO

A Lei Maria da Penha já vigora no Brasil há 16 (dezesesseis) anos, enquanto que a Lei do Feminicídio foi sancionada há 7 (sete) anos. Decorrido esse lapso temporal, surge o questionamento acerca dos reflexos que a criação dessas leis causou no cenário jurídico e, principalmente, na qualidade de vida das mulheres.

O Instituto Data Senado, na pesquisa “Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher — 2021” realizada em parceria com o Observatório da Mulher contra a violência

apontou que os casos de violência doméstica e familiar cresceu cerca de 4% em relação à pesquisa anterior (AGENCIA SENADO, 2021).

O Atlas da Violência de 2021 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) também divulgou um número elevado de atos de violência cometidos contra as mulheres no Brasil.

Especificamente sob a ótica dos feminicídios, que foram interpretados pelo IPEA como os assassinatos cometidos dentro de suas residências já que não existe a identificação do feminicídio como causa nos atestados de óbito, os dados são os seguintes:

Em 2019, foram registrados 1.246 homicídios de mulheres nas residências, o que representa 33,3% do total de mortes violentas²⁰ de mulheres registradas. Este percentual é próximo da proporção de feminicídios em relação ao total de homicídios femininos registrados pelas Polícias Cíveis no mesmo ano. Segundo o “Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020”, 35,5% das mulheres que sofreram homicídios dolosos em 2019 foram vítimas de feminicídios (FBSP, 2020). No entanto, o mesmo Anuário aponta que, entre 2018 e 2019, a taxa de feminicídios por 100 mil mulheres cresceu 7,1%; enquanto este Atlas indica que a taxa de homicídios femininos dentro das residências diminuiu 10,2% no mesmo período. Esta divergência contribui para corroborar a hipótese da subnotificação dos homicídios registrados pelo sistema de saúde em 2019 relacionado ao incremento das MVCI. A análise dos últimos onze anos indica que, enquanto os homicídios de mulheres nas residências cresceram 10,6% entre 2009 e 2019, os assassinatos fora das residências apresentaram redução de 20,6% no mesmo período, indicando um provável crescimento da violência doméstica (IPEA, 2021, p. 41).

O Ministério Público do Estado de São Paulo, após realizar um estudo sobre 364 denúncias de homicídio de mulheres (consumados ou tentados) em razão de sua condição de gênero ocorridas no período de março de 2016 a março de 2017, divulgou um relatório denominado “Raio X do Feminicídio em São Paulo: é possível prevenir a morte” em que aponta o índice de aplicação da qualificadora do feminicídio como causa do homicídio.

Conforme fora apurado na pesquisa, em 87% dos casos em que o feminicídio era cometido por quem a vítima tinha relação afetiva a regra da qualificadora já era inserida na denúncia do Ministério Público. Em contrapartida, quando o feminicídio era praticado por outros familiares ou outras vítimas o percentual era invertido: em 73% dos casos não houve a inclusão da modalidade qualificada de feminicídio e sim o homicídio previsto no

caput do artigo 121 do CP (MPSP, 2022). Ou seja, há uma dificuldade em reconhecer o feminicídio quando não cometido no contexto da violência doméstica entre casais.

Contudo, em que pese os dados serem alarmantes, não se pode relacionar os altos índices de violência à efetividade das Leis protetivas, haja vista que, conforme apontado pelo Ministério Público de São Paulo, a esmagadora maioria dos crimes de violência contra a mulher que ensejaram sua morte são aqueles em que a vítima não registra a ocorrência dos crimes ou não solicita a aplicação de medidas protetivas. Veja:

o Núcleo de Gênero efetuou o levantamento dos casos em que as vítimas tinham obtido medida protetiva. Esses dados foram extraídos das próprias Denúncias do Ministério Público e revelaram que, em regra, os feminicídios acontecem quando a vítima não está protegida. Os processos em que houve deferimento de medida protetiva foram 12 (doze) para um universo de 364 casos, o que representa apenas 3% do total de casos. [...] Neste tópico, a pesquisa teve por finalidade verificar se, dentre os feminicídios consumados (com resultado morte) as vítimas haviam registrado Boletim de Ocorrência. No estudo, foram encontrados 124 casos de feminicídio consumado. Deste montante, em 5 casos as vítimas haviam registrado BO contra o agressor (MPSP, 2022, p.19-20).

Portanto, é possível afirmar que a norma, quando aplicada, é efetiva. Nesse contexto, o que se verifica é a necessidade de tornar os casos de violência doméstica e familiar a cada vez mais sob a proteção das referidas normas, o que somente ocorrerá se houver a conscientização da população acerca da necessidade de se denunciar o agressor. É preciso que a população e os órgãos jurídicos atuem de modo a aplicar o que dispõe a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio para que ocorra a redução dos casos de violência contra a mulher no Brasil.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de conhecimento geral o fato de que as mulheres são comumente vítimas de atos de violência, ocorridos não apenas nas ruas, mas também em seu próprio lar, cometidos por pessoas com quem detém laços de afetividade. Por muito tempo, essas violências não eram punidas porque as mulheres temiam denunciar seu agressor, ante a constatação de que dias depois eles retornavam ao convívio diário.

Para por fim ao sentimento de impunidade e efetivamente impedir atos de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar foi sancionada em 2006 a Lei Maria da Penha. Por meio dela, as violências física, patrimonial, sexual, moral e psicológica quando cometida dentro do contexto da Lei 11.340/2006, enseja uma sanção penal mais severa, que não é passível de substituição por pena restritiva de direito.

Ocorre que, apesar dos esforços da Lei Maria da Penha, não existia uma tipificação penal específica para o assassinato de mulheres em razão de sua condição de gênero ou praticada no ambiente doméstico e familiar. Foi a partir de 2015 que esse crime passou a ser previsto no Brasil como uma modalidade qualificada de homicídio (art. 121, CP), denominada de Femicídio.

Atualmente, a Lei Maria da Penha e a Lei do Femicídio são as normas brasileiras voltadas ao combate da violência doméstica e familiar cometidas contra as pessoas do gênero feminino, as quais são essenciais para o combate dos crimes dessa natureza.

Em que pese ser elevado o número de casos de violência contra a mulher, os dados apontam que esse índice não está necessariamente vinculado à ineficiência da lei, sendo que na grande maioria dos crimes praticados a vítima não registrou ocorrência contra o agressor ou teve medida preventiva decretada.

Portanto, essas leis impactam diretamente o cenário da violência doméstica e familiar e são instrumentos para seu combate, que precisam ser utilizadas não apenas após a ocorrência do crime, mas principalmente como mecanismos de prevenção, daí porque a conscientização da população é um fator fundamental para a redução dos casos de violência contra a mulher no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Violência contra a mulher aumentou no último ano, revela pesquisa do DataSenado**. Da Agência Senado, 09/12/2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/09/violencia-contr-a-mulher-aumentou-no-ultimo-ano-revela-pesquisa-do-datasenado>>. Acesso em: 04 mai. 2022.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. – 12. ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BRASIL Decreto n° 4.377, de 13 de setembro de 2022. **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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm >. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. **Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 01 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212**. – 18. ed. atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ESSY, Daniela Benevides. A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. **Conteúdo Jurídico**, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. – 11 ed. – Niterói/RJ: Impetus, 2017.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Lei Maria da Penha 14 anos: entenda origem, importância e direitos assegurado. Publicado em: 07/08/2020, Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7591/Lei+Maria+da+Penha+14+anos:+entenda+origem,+importancia+e+direitos+assegurados%22#:~:text=Em%202002%2C%20formou%2Dse%20um,a%20Lei%20Maria%20da%20Penha.>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

INSTITUTO Maria da Penha (IMP). **Quem é Maria da Penha**. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência 2021**. Cerqueira, Daniel et. al. (coordenador). — São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPOSIVM, 2016.

MPSP – Ministério Público de São Paulo. **Raio X do Femicídio em São Paulo: é possível evitar a morte**. Núcleo de Gênero MPSP, 2022. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF>. Acesso em: 04 mai. 2022.

PORTAL Geledes. **Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional**. Publicado em: 07/07/2013. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/brasil-so-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional/?gclid=CjwKCAjwjZmTBhB4EiwAynRmD5mktmI-5rVeLHLxQPiq0OQLDp-qREALMFMVnyqUvCRwJdZ4LxUaXxoCEpAQAvD_BwE>. Acesso em: 21 abr. 2022.

A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E OS IMPACTOS À JUSTIÇA CRIMINAL

EVAILTON DA COSTA SANTOS:
graduando em Direito pela UNITINS –
Campus Palmas.¹⁸⁵

BUENÃ PORTO SALGADO¹⁸⁶

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar as consequências da quebra da cadeia de custódia da prova nos processos criminais. Para tanto, foi-se realizada uma pesquisa bibliográfica sobre a temática, na qual extraiu-se como tema central a conceituação de cadeia de custódia e sua importância para o *ius puniendi*, com o objetivo central de apresentar não só a problemática, como também possíveis soluções para que os julgadores as utilizem ao julgar, quando estiverem diante de uma prova a qual não teve a cadeia de custódia preservada, para que assim tornem os processos criminais o mais justo possível. Ademais, foi-se apontada a íntima relação entre a preservação da prova e o Estado Democrático de Direito, sendo aquele um fator preponderante para a concretização deste. Do mesmo modo que foi apresentado que a principal finalidade dos meios de prova é a busca pela verdade dos fatos, buscando assim a justiça criminal. Contudo, para isso é essencial que todo esse processo probatório seja preservado, sendo este o papel fundamental do instituto da cadeia de custódia. E por fim, foram apresentados os efeitos para o processo penal das irregularidades ocorridas nesse procedimento de preservação da prova.

Palavras-Chave: Cadeia de custódia; Prova; Verdade dos fatos; Julgador; Princípios.

ABSTRACT: The present article aims to demonstrate the consequences of the breaking of the chain of custody on criminal procedure. To this end, it was made a bibliographic research about the subject in which extracted as a central problem the conceptualization of the chain of custody and its importance for the 'jus puniendi', with the main objective of presenting not just the problematic, but also possible solutions for the judge to make the judgment in the fairest way possible when confronted with a 'corrupted' evidence. In addition, it was pointed to the intimate relation between the preservation of the evidence and the democratic estate, that being a major factor for this. As well as it was possible to verify that the main end of the ways of evidencing is pursuing the factual truth, for the judge may, this way, take the best and fairest decision possible. Nevertheless it is essential that all of this probationary process is preserved, being this the fundamental role of the chain

¹⁸⁵ graduando em Direito pela UNITINS – Campus Palmas. E-mail: evailtonsantos@unitins.br.

¹⁸⁶ Doutor Bueña Porto Salgado, professor da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS – Campus Palmas. E-mail: buena.ps@unitins.br.

of custody. Finally, it was presented the effects for the penal process of the irregularities occurred in this procedure of evidence preservation.

Keywords: chain of custody; evidence; truth of facts, judge; principles.

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. Conceito de Prova; 2.2. Conceito de Cadeia de Custódia da Prova; 2.3. A Importância das Provas para o Processo Penal; 2.4. Do Processo Decisório; 2.5. Dos Princípios do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório. 2.6. As Principais Consequências da Quebra da Cadeia de Custódia no Processo Penal; 3. Considerações Finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, é imprescindível ressaltar que o tema justiça e direito, relacionado ao Estado, sempre foi assunto central na história da vida humana em sociedade.

Ainda no período das monarquias absolutistas, Thomas Hobbes tentou justificar a existência do Estado, em seu livro "Leviatã" (Monteiro, da Silva, e Ostrensky, 2019). Nele, o autor defendia que o ser humano, em seu estado de natureza, era absolutamente livre, assim não sendo respeitador das leis. Questão essa que causaria uma série de conflitos entre os indivíduos, ocasionando uma "guerra de todos contra todos", como descreveu em sua obra. Desse modo, para que houvesse uma harmonia entre as pessoas, deveriam abdicar de seus direitos a um soberano incontestável, de modo que lhes seria garantido uma melhor qualidade de vida através de um contrato social. Forma essa de governar que não foi bem-sucedida, pois os poderes soberanos eram ilimitados, propiciando, assim, uma série de barbaridades.

Ao perpassar dos anos, com as transformações sociais, diferentes formas de organização estatal surgiram, conseqüentemente, diversos pensadores empenharam-se em tratar dessa questão. Já na idade moderna, mais precisamente no século XVII, destacou-se, dentre outros, o filósofo John Locke, ferrenho crítico do regime absolutista, defendia a ideia de que o Estado deve governar, proteger e garantir os direitos naturais do homem. Pensamentos esses externados em sua obra "Segundo Tratado Sobre o Governo" (Dantas, 2014).

Na mesma literatura supramencionada, John Locke pregava que o estado de natureza humana não se caracterizava com a ausência absoluta de Leis, contudo, demonstrou que a carência do Estado oportunizava ao homem usar a força para satisfazer seus interesses. Quando isso ocorresse, desencadearia um estado de Guerra, o qual só cessaria com a disposição de um CONTRATO, onde as pessoas renunciariam seus direitos para que o Estado os gerisse.

Dessa forma, nota-se que ainda no século XVII, o tema Estado de Direito já era abordado, e substituiu a figura soberana do governante no absolutismo pela soberania das leis, que agora seriam aplicadas a todos: governantes e governados. Todavia, esse sistema continha algumas lacunas, como quem seria responsável pela elaboração das leis. Desse modo, surgiu a necessidade de um sistema que promovesse a participação popular no processo legiferante.

Suprindo essas lacunas ora apresentadas pelo Estado de Direito, em seu livro “O Contrato Social” (Bini, 2017), Jean-Jacques Rousseau afirma que o pacto social, não só deve repassar a um ente moderador a mediação de conflitos, como também deve buscar uma vontade geral sobre o Estado, surgindo assim a ideia inicial de Estado Democrático de Direito. Modelo esse que preza pela soberania popular.

Contudo, essa vontade geral não é o simples resultado de uma soma de vontades, mas sim um processo no qual as leis criadas devem respeitar a dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, ao Estado é atribuído um poder emanado do povo para si mesmo, com o fim de respeito aos direitos inerentes a todos os seres humanos.

Em relação a esse tema, uma das principais ferramentas de efetivação do Estado Democrático de Direito existente para que ocorra a “justiça criminal” é a obtenção da prova. Pois, somente com essa ferramenta, o julgador será capaz de aplicar o direito ao caso concreto. Utilizando-a, não há como o Estado aplicar o jus puniendi sem que haja um processo de obtenção de provas que segue regras e princípios, sob pena do processo penal ser injusto, ou deixar de punir quem deve ser punido, ou ainda, punir um inocente.

Diante disso, com o anseio de tornar o processo penal mais justo, ou menos injusto, desde muito tempo se falava na criação de imposições legais nos meios de obtenção da prova, que deveriam ser seguidas durante todo o processo penal, contudo, somente em 2019 que isso se concretizou, com a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), com o advento dos Artigos 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E, 158-F, todos do Código Processual Penal. Os referidos artigos vieram disciplinando a chamada cadeia de custódia.

Nesse sentido, o presente trabalho buscará relacionar a cadeia de custódia com a efetivação da justiça no processo penal, essa própria dos Estados Democráticos de Direito, com o objetivo de apresentar aos julgadores de processos penais meios de como procederem quando estiverem julgando processos com meios de prova não preservados adequadamente conforme a sua cadeia de custódia. Para que seja alcançado tal fim, será realizada uma análise crítica desse processo de obtenção e preservação de provas, de modo a demonstrar as consequências de sua violação ao processo.

Além do mais, é importante frisar que o resultado do presente estudo teve como ponto norteador pesquisas realizadas em obras doutrinárias nacionais, bem como a textos legais voltados para a temática abordada.

2. DESENVOLVIMENTO

Para entendermos as consequências da quebra da cadeia de custódia da prova no processo penal, primeiro é necessário que seja especificado o que é prova, e subsecutivamente, cadeia de custódia da prova, como será discorrido nas subseções a seguir.

2.1 Conceito de Prova

Há diversos conceitos para prova dentro do direito processual penal, todavia, majoritariamente entende-se como fatos jurídicos comprovados que são utilizados pelos sujeitos processuais, no exercício de ação ou de defesa, a qual tem por finalidade a formação da convicção do juiz. Nesse sentido, Rangel (2015, p. 568) cita:

A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

Nesse diapasão, Tourinho Filho (1999, p.220) explicita que:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma.

Além disso, pode-se entender que o objeto da prova é a busca pela formação do conhecimento necessário para que o juiz resolva os antagonismos judiciais, o qual abarca, além do fato delituoso, as situações objetivas e subjetivas que tem possibilidade de influenciar a responsabilização penal. Nessa linha de pensamento, Mirabete (2007)

entende que o objeto de prova é tudo que juiz deve contrair para ter o conhecimento necessário para resolver a situação a situação litigiosa a ser julgada, não se atendo só a circunstâncias objetivas mas também às subjetivas.

2.2 Conceito de Cadeia de Custódia da Prova

Existe uma infinidade de conceitos para cadeia de custódia, não obstante, quase todos têm como ideia central que esse instituto consiste no método pelo qual se busca resguardar a integridade do meio de prova e assegurar sua autenticidade, mantendo e documentando a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Nessa linha de pensamento, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) trouxe essa conceituação pela primeira vez ao Código de Processo Penal (CPP), segundo prevê o art. 158-A do CPP:

Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (BRASIL, 2019).

Contudo, mesmo antes do ano de 2019, Prado (2014) escreveu uma obra denominada "Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos", e nessa apresentou uma série de informações sobre a cadeia de custódia da prova, dentre as quais conceituou cadeia de custódia como "dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios".

Essa figura de proteção à integridade e autenticidade do meio de prova também já era tratada em outros meios normativos, como na Portaria 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, a qual possuía em seu art. 1º a explicação do que se trata cadeia de custódia, conforme a seguir:

Art. 1. Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (BRASIL, 2014).

Desse modo, pode-se observar que mesmo antes da inserção do conceito trazido pelo Pacote Anticrime, já se falava em cadeia de custódia, esses tendo o mesmo sentido que o inserido no CPP, sempre prezando pela autenticidade e integridade do meio de prova.

2.3 A Importância das Provas Para o Processo Penal

Como já elucidado anteriormente, as provas são ferramentas imprescindíveis na persecução penal e estão ligadas intrinsecamente aos princípios constitucionais processuais penais, são meios utilizados tanto pela acusação quanto pela defesa, para formular o convencimento do juiz quanto ao fato. Assim sendo, é por meio desse elemento que o julgador busca a verdade sobre as demandas que estão sob sua análise, ou seja, é o liame que o magistrado tem com o mundo real, o mundo dos fatos.

Parte da doutrina, em especial a mais antiga, afirma que o direito processual penal procura, por meio das provas, encontrar a verdade real dos fatos, ou seja, reproduzir uma cópia do que ocorreu no mundo real, usando-se de elementos que foram inseridos ou não aos autos pelas partes, para que o julgador possa tomar a decisão mais justa possível. Por outro lado, no processo civil, esses mesmos estudiosos acreditam que se deve alcançar a verdade formal, ou seja, aquela que busca a reprodução do fato litigioso apenas com base nas provas e elementos que foram trazidos pelos sujeitos ao processo.

Em relação a isso, no que se refere ao princípio da verdade real (material), Barros (2013, p.33) escreveu o que os antigos doutrinadores falavam a respeito, segundo o autor:

[...] o princípio da verdade material correspondia à regra em razão da qual o juiz vela pela conformidade da postulação das partes com a verdade real, a ele revelada pelos resultados da instrução criminal. Partindo-se dessa conceituação, entendia-se as partes, no processo penal, achavam-se vinculadas por tal forma à verdade material, que ao juiz, e não a elas, é que incumbia definir, segundo sua convicção, os termos da questão, como deveriam postular-se, e os meios de prova, como haveriam de ser produzidos.

Contudo, atualmente esses entendimentos se mostram quase que superados, visto que majoritariamente a doutrina atual acredita que é quase impossível a reprodução real dos fatos, sendo possível apenas uma aproximação do que realmente ocorreu no mundo real.

Desse modo, o princípio da verdade real não se mostra mais como algo absoluto, pois a verdade almejada é relativa, uma vez que é inatingível encontrar o que realmente ocorreu. Em conformidade com esse pensamento, Valente (2020, p.26-27), cita:

[...] A prova é um instituto de vários ramos científicos que tem como finalidade, e tão só, procurar reconstruir um facto o mais próximo possível do facto ocorrido em concreto. Jamais, no plano científico-

jurídico e em qualquer ciência, a prova reconstrói a verdade real, porque a mesma é inalcançável.

Nessa mesma linha de pensamento, Nucci (2008, p.106), explica o que busca o processo penal, como também faz uma diferenciação da realidade desejada pelo processo civil e pelo processo penal, conforme consta abaixo:

[...] Não questionamos que a verdade é uma e sempre relativa, consistindo busca inviável no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros. O que a distinção almeja atingir é a demonstração de finalidades diversas existentes nos âmbitos civil e penal do processo. Enquanto na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico co-partícipe na busca dos elementos probatórios [...]

Em que pese a carência pela procura de como realmente os fatos aconteceram, essa busca não pode ocorrer a todo e qualquer custo, devem-se respeitar princípios, regras, e normas em geral, uma vez que estamos em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, VALENTE (2020, p. 17-18), elucida que:

Cabe-nos, desde já, fazer um enquadramento prévio sobre a conceitualização da prova e da cadeia de custódia da prova no quadro jurídico-condicional-processual tendo em conta as finalidades do direito processual penal que assenta num axioma axiológico intrínseco aos Estados democráticos de direito material e social: o processo penal é, por excelência, o direito dos inocentes. Existe axioma importa limites inultrapassáveis, de entre os quais destacamos desde já ou mais premente a inadmissibilidade de prosseguir a justiça criminal a qualquer e todo custo.

2.4 Do Processo Decisório

A compreensão de todo o enredo ora mencionado é fundamental para que se possa entender a atividade jurisdicional exercida pelo magistrado. Pois, vigora na legislação processual penal o princípio do livre convencimento motivado, o qual prevê que o juiz tem a liberdade para formar sua convicção sobre os casos por ele julgados, contudo, essa tem que se pautar nos elementos probatórios colhidos no decorrer do processo, os quais devem se ater ao contraditório judicial. Desse modo, infere-se que através das provas o juiz busque a verdade sobre os fatos analisados, com a finalidade de formar sua convicção, para que possa julgar a demanda litigiosa de forma justa. O citado princípio advém da

legislação processual penal brasileira, tipificado no art. 155 do Código de Processo Penal, como se vê a seguir:

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, 1941).

Assim, na parte inicial do supramencionado texto nota-se que o juiz é livre para formar sua convicção, no entanto, limita-se a fundamentá-la por meio de provas produzidas em meio ao contraditório judicial.

Essa formação da convicção do juiz, sempre há de prezar pela imparcialidade do julgador e pela proteção dos direitos dos acusados em geral, assim o Código de Processo Penal se preocupou em inserir no bojo do art. 155 a obrigatoriedade de os meios de prova serem colhidos dentro do processo, de forma que passem pelo crivo do contraditório.

Em exceção a essa regra, temos as provas colhidas fora do processo penal, que podem de ser utilizadas pelo julgador para formar sua convicção, são as cautelares, não repetíveis e antecipadas. Todavia, todas serão submetidas ao contraditório no momento processual de forma diferida, com exceção das antecipadas que o contraditório ocorre fora do processo.

Provas essas externas ao processo, conceituadas por Moura (2016) como:

- A provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova por decurso do tempo. Se não forem produzidas logo perdem sua razão de produção, depende de autorização judicial, mas tem seu contraditório postergado/diferido - ex: interceptações telefônicas.
- A provas não repetíveis são aquelas que quando produzidas não tem como serem produzidas novamente, o exemplo mais citado é o exame de corpo de delito, não dependem de autorização judicial e seu contraditório também é diferido.
- As provas antecipadas possuem contraditório real, exemplo clássico da testemunha que está hospital em fase terminal, nesse caso, depende de autorização judicial. Sua colheita é feita em

momento processual distinto daquele legalmente previsto, por isso a classificação (p.?).

Portanto, nota-se que o objetivo dessas espécies de provas serem coletadas excepcionalmente fora do processo é a preservação das mesmas, pois, caso colhidas em momento posterior, há a possibilidade de não estarem mais disponíveis.

2.5 Dos Princípios do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório

Posto isso, cabe salientar que essa limitação quanto à fundamentação de decisões judiciais tem que se basear, em regra, na atividade probatória levantada no curso do processo, estando necessariamente submetida ao contraditório e a outros princípios, como o devido processo legal e da ampla defesa, sendo estes pilares do Estado Democrático de Direito.

Em relação aos princípios mencionados, temos que o do devido processo legal é tido por parte da doutrina como um supraprincípio, que abarca uma série de normas e outros princípios como o do contraditório e da ampla defesa. Esse, a grosso modo, prevê que o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. Tal fundamento se encontra previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, possuindo o presente texto: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Desse artigo extrai-se que para que se tenha um processo judicial justo é imprescindível a obediência à lei, em sentido amplo, ou seja, toda e qualquer norma capaz de gerar direitos e obrigações. Nesse sentido, é importante que os acusados em geral devam ser julgados baseados em regras pré-determinadas, previstas em um texto legal, de modo que impeça arbitrariedades do Estado.

Quanto ao princípio da ampla defesa e do contraditório, a doutrina é pacífica em dizer que ambos derivam do anteriormente mencionado, tendo em vista que, para que um processo seja devido e legal, deve haver contraditório e ampla defesa.

A definição de contraditório está pautada no direito de conhecimento e de defesa das partes, ou seja, os acusados em geral devem ter conhecimento não só do que estão sendo acusados, como também devem lhes oportunizar todos os meios de defesa. Nesse diapasão, lecionam Távora e Alencar (2011, p. 58), que o princípio do contraditório será respeitado quando houver ao acusado as garantias da ciência e da participação.

O contraditório mostra-se tão importante que há diversos julgados o citando de forma expressa, e dentre esses, podemos destacar o excerto do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em um julgado de 25/08/2009, em relação a obrigatoriedade do Ministério Público apresentar denúncia apta:

“O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societario", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro [...] repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.

[...]

- Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.

Pode-se observar que o ministro frisou bastante sua decisão na necessidade de informação sobre as acusações judiciais a fim de que o indivíduo possa buscar os recursos necessários para sua defesa.

Assim sendo, pode-se observar que a ampla defesa está intimamente ligada ao contraditório, como partes de um todo, uma vez que esse instituto compreende o direito de oportunizar aos acusados e investigados em geral, a possibilidade de se usar de todos os meios legais para se defender.

A doutrina sobre esse assunto é tão vasta que, podemos citar duas, a primeira de Grinover (2001):

A defesa e o contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida (p.?).

E a segunda de Vicente Greco Filho (2012, p. 51), a qual destaca que são meios inerentes à ampla defesa: ter conhecimento claro da imputação; poder apresentar

alegações contra a acusação; poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; ter defesa técnica por advogado; e poder recorrer da decisão desfavorável.

Esses dois últimos princípios, da ampla defesa e do contraditório, são tão valiosos para os processos judiciais que estão previstos no texto constitucional da CF/88, no inciso LV, do art. 5º, *in verbis*: “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”.

2.6 As Principais Consequências da Quebra da Cadeia de Custódia no Processo Penal

Há diversos elementos normativos que contribuem para a formação da convicção do juiz, de modo que essas decisões judiciais garantam a justiça processual. Para isso, como já dito, é necessário que a verdade almejada, seja ela real ou não, se aproxime o mais próximo do que realmente ocorreu.

Nesse sentido, a cadeia de custódia da prova é um dos principais elementos que propiciam ao processo o alcance dessa verdade visada, tendo em vista que é através dela que os vestígios coletados em locais de crime têm sua história cronológica registrada, havendo, assim, o rastreio de sua posse e manuseio, desde o seu reconhecimento até o descarte. Assim, ocorrendo o correto tratamento ao vestígio, que poderá se tornar prova, resultará na sua devida preservação e integridade.

Para entender melhor o abordado, tem-se que conceituar o que é vestígio, algo que, com o advento do “Pacote Anticrime”, o próprio Código de Processo Penal o fez, em seu art. 158A, § 3º, descrevendo que: “Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (BRASIL, ano).

Assim, como discutido, vestígio é tudo que é encontrado em local de crime ou contravenção penal que se relaciona à infração penal. Elemento esse que depois de passado pelo contraditório judicial poderá se tornar prova, e assim, como já verificado, ser utilizado pelo juiz na formação de sua convicção.

Com propósito de realizar essa historicidade do vestígio, o legislador trouxe ao Código de Processo Penal, com a lei 13.964/19, uma série de procedimentos de tratamento do vestígio, divididos em fases, conforme o Art. 150-B:

A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial (BRASIL, 2019).

Nota-se, do exposto, que em todas essas fases há uma preocupação com o tratamento do vestígio, de modo que se evite o seu perecimento, desvio ou que seja corrompido. Havendo a quebra de alguma dessas fases, todo o processo probatório poderá ser corrompido, implicando em sérias consequências no processo decisório.

Destarte, a quebra da cadeia de custódia poderá ocasionar a inadmissibilidade da prova ou, em caso de admissão, uma diminuição de sua valoração pelo juiz no momento decisório.

Em relação à inadmissibilidade no processo de provas corrompidas, tem-se como um dos argumentos que esse tipo de elemento probatório gera dúvidas quanto à confiança das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, devendo essas, pelo princípio do *in dubio pro reo*, serem excluídas ou não admitidas do processo. Nesse sentido, Lima (2020, p.718) cita:

Se houve a quebra da cadeia de custódia das provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de fiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do *in dubio pro reo*, daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos.

Defendendo ideia semelhante, contudo, acrescentando que essa rejeição das provas que foram violadas deve ocorrer se valendo do argumento de violação a princípios, como o do devido processo legal e do contraditório, Junqueira (2020, p. 198) leciona:

[...] A apreciação da questão não pode ser diferida ou postergada para a fase de valoração da prova, pois a quebra da cadeia de custódia impede a sujeição do material probatório remanescente aos procedimentos de comprovação e refutação (insuficiência probatória), subtraindo ao acusado as possibilidades de defesa, contrariedade e conhecimento da integralidade das fontes de prova (paridade de armas e devido processo legal).

Nesse mesmo sentido, Valente (2020, p. 25-26) justifica que a aceitação de provas, as quais a cadeia de custódia foi violada, gerará ao Estado descredibilidade e uma consequente deslegitimidade do seu poder de punir, conforme o exposto abaixo:

[...]Esta dimensão natureza impõe que não se possam valorar provas que são obtidas ilicitamente ou que o seu processo/procedimento de

produção técnico-jurídica – v.g., cadeia de custódia da prova - se encontra viciado sob Pena de não assumir o direito processual penal próprio estado de direito material social democrático que assente, ab initio, na ideia central de que a realização da justiça tem limites e fronteiras inultrapassáveis sob pena de descredibilidade e de um uma prevista e conseqüente deslegitimidade do poder de punir do Estado,

Já outra parte da doutrina defende que os elementos que tiveram sua cadeia de custódia corrompida devem ser recepcionados no processo, contudo, seu valor probatório deve ser analisado pelo juiz na hora da formação da sua convicção, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado. Seguindo essa linha de pensamento, Dallagnol e Câmara (2016, p.552) dissertam:

“O rompimento na demonstração da cadeia de custódia em uma ou mais das suas conexões (links), ainda que gere lacunas, não ensejará no Brasil, jamais, a inadmissibilidade da prova, mas deverá ser objeto de análise no âmbito da valoração do peso daquela prova, ou, mais tecnicamente, do peso da hipótese que é suportado por aquela hipótese.

Já Nucci (2020) destaca que a questão deve ser analisada com bom senso, uma vez que o simples descumprimento da cadeia de custódia não há de gerar nulidade absoluta do processo:

É preciso frisar que o Brasil é um País continental, de modo que a cadeia de custódia pode ser bem executada no estado mais rico, como o Paraná, mas pode enfrentar muitas dificuldades, até pelas imensas distâncias, em estados como o Amazonas. Portanto, o simples descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta (p.71).

Seguindo o mesmo raciocínio, a Sexta Turma do STJ decidiu em um processo julgado em 23/11/2021, o qual teve como relatora a Ministra Laurinda Vaz, que na análise das irregularidades presentes na cadeia de custódia o julgador deve sobrepesar o irregular com todos os outros elementos constantes no processo, para diante disso valorar a confiabilidade da prova:

As irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. STJ. 6ª Turma. HC 653515-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. Acd. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/11/2021 (Info 720).

Levando em consideração esses dois posicionamentos que, embora sejam conflitantes, se assemelham no fato de ambos acarretarem prejuízos ao processo, pois, a inadmissibilidade por completo da prova no processo, resulta na escassez de elementos a serem analisados pelo magistrado, corroborando para o aumento de injustiças processuais, tendo em vista que as evidências não recepcionadas poderiam ensejar uma prova que beneficiasse o réu ou ainda, poderia ser meio de prova fundamental para a condenação ou aumento de pena.

Já na hipótese de se admitir provas, que quando ainda eram indícios, foram violadas ou corrompidas, também há grandes chances de ocorrer os danos mencionados anteriormente. Para além disso, há ainda a possibilidade de que seja inserido no processo uma prova manipulada intencionalmente, com o objetivo único de prejudicar o réu, investigado/acusado.

Em todos os casos, pode ocasionar a inviabilidade do *jus puniendi* – poder/dever que o estado possui de punir quem pratica transgressões penais, tendo em vista que o Estado se baseia em provas para aplicá-lo.

Pode-se também mencionar que em consequência do abordado, princípios constitucionais são deturpados, dentre eles, o do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório. Pois, quando um elemento de prova nem chega ao processo, ou é inserido mesmo que não íntegro, o processo deixa de seguir o seu fluxo legal, podendo ocasionar condenações ou absolvições indevidas.

Desse modo, há não só violação ao devido processo legal, mas como já discutido, a supressão ou inserção de um meio de prova pode prejudicar o direito de defesa do réu, sendo violados assim os princípios da ampla defesa e contraditório.

Para tanto, o método mais razoável para se alcançar a justiça criminal é atribuir ao magistrado o papel de analisar o caso concreto de forma individualizada, decidindo se aceita ou não a prova que teve sua cadeia de custódia violada. Contudo, esse processo decisório deve ser claro, de forma que as partes tenham conhecimento dos fatos norteadores da decisão, para que, se necessário, possam contradizê-la sob o axioma de um Estado Democrático de Direito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisado no bojo do presente trabalho, os objetivos pretendidos foram atingidos, visto que se almejava apontar possíveis alternativas aos magistrados no momento que se depararem com provas corrompidas, bem as consequências que essa inobediência ao rito da cadeia de custódia pode trazer aos processos penais, algo que foi demonstrado.

A inobservância desse procedimento de preservação das provas pode resultar tanto em sua inadmissibilidade, quanto em sua recepção no processo. Todavia, ambos os casos geram prejuízos, seja ao Estado na hora da aplicação do jus puniendi, ou aos acusados/investigado, que podem ter seus direitos, como o da ampla defesa, violados.

Além disso, depreendeu-se do narrado que não deve taxar se deve ou não valorar os elementos probatórios deturpados, há necessidade de se fazer uma análise de casa a caso, para posteriormente, valorá-la ou não.

Pode-se mencionar também que uma das maiores dificuldades encontradas no desenvolvimento da pesquisa foi a escassez de jurisprudência acerca do assunto, devido à atualidade da inserção do tema cadeia de custódia na lei processual penal brasileira.

4. REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Eunice Ostrensky. Edição Padrão. São Paulo. Editora: Martins Fontes - selo Martins. 2019.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo civil**. Marsely de Marco Dantas (Tradutor), Daniel Moreira Miranda (Comentário). Edição Especial. São Paulo. Editora: Edipro. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Edson Bini (Tradutor). São Paulo. Editora: Edipro. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente. **Cadeia de custódia da prova**. 2ª Edição. Editora: Almedina. 2020.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7. Ed. São Paulo: RT, 2001

JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patricia. FULLER, Paulo Henrique. PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada - artigo por artigo**. Saraiva: São Paulo, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Taísa Ilana Maia de. **Qual a diferença entre provas cautelares, não repetíveis e antecipadas?**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://taisailana.jusbrasil.com.br/artigos/325557392/qual-a-diferenca-entre-provas-cautelares-nao-repetiveis-e-antecipadas>. Acesso em: 08 nov. de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl.3. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro: Editora Atlas, 23. ed, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TÁVORA, Guilherme de Souza. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. São Paulo. JusPODIVM, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 de Novembro 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE COMO FORMA DE PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

ANGELY COSTA DEMARQUI:
Graduanda do Curso de Direito da
Universidade Estadual do Tocantins
– UNITINS.¹⁸⁷

MURILO BRAZ VIEIRA¹⁸⁸
(coautor)

RESUMO: O artigo aborda o tema do contrato de trabalho intermitente e como ele tem gerado impactos negativos nas relações empregatícias e no âmbito do direito do trabalhista. Logo, possui como objetivo demonstrar a importância da relação de emprego para que Princípios e normas não sejam violados; apresentar a conceituação de contrato de trabalho intermitente; verificar as alterações originadas pela Reforma Trabalhista de 2017 ao art. 443, §3º da CLT; expor os problemas gerados por esta modalidade contratual, bem como a precarização que trouxe e comparar este modelo brasileiro com os da Inglaterra e Itália. Para a formulação do trabalho, foi utilizada a metodologia qualitativa, bibliográfica e o estudo comparado. Em termos gerais, o contrato de trabalho intermitente, assim que inserido no ordenamento jurídico brasileiro, foi duramente criticado pelos doutrinadores, pois fere diretamente artigos da Constituição Federal e da CLT, sendo, portanto, inconstitucional. E em comparação com os contratos da Inglaterra e Itália, estes também foram objurgados por seus juristas.

Palavras-chave: Contrato de trabalho intermitente; Precarização; Relação de emprego

ABSTRACT: *The article addresses the intermittent employment contract issues and how it has negative impacts on employment relations and within the scope of labor law. Therefore, it aims to demonstrate the importance of the labor relation so that Principles and standards are not violated; present a concept of intermittent employment contract; The changes caused by the 2017 Labor Reform to art. 443, §3 of the CLT; export the problems generated by this contractual modality, as well as the precariousness that brought this model compared to England and Italy. For the formulation of the work were used qualitative and bibliographic methodology and the comparative study. In general terms, the intermittent employment contract, once inserted in the Brazilian legal system, was harshly criticized by scholars, as it directly violates articles of the Federal Constitution and*

187 E-mail: angely_demarqui@hotmail.com.

188 Professor (UNITINS e FASEC). Advogado. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT).
E-mail: murilo.bv@unitins.br.

the CLT, being, therefore, unconstitutional. And compared to the contracts of England and Italy, they were also objured by their jurists.

Key-words: Intermittent employment contract; Precariousness; Elabor relation

SUMARIO: 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre direito do trabalho no brasil. 2.1 A questão das greves e o liberalismo. 2.2 O surgimento das primeiras leis e o início do sindicalismo. 2.3 A CLT e a constituição federal de 1988. 3 O contrato de trabalho e seus sujeitos. 3.1 O empregado, o empregador e o conceito de relação empregatícia. 3.2 Tipos de contrato de trabalho. 4 O contrato de trabalho intermitente e a precarização da relação de emprego. 5 Os contratos *zero-hour* e *lavoro a chiamata*. 6 Conclusão. 7 Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema do contrato de trabalho intermitente brasileiro e seus reflexos na seara do direito do trabalhista. De maneira abrangente, explica-se o contexto da evolução desta área jurídica e os impactos das influências internacionais, para a formação da configuração legislativa conhecida atualmente. Além disso, é pincelado sobre os primeiros ideais que influenciaram os juristas até o surgimento da Consolidação das Leis Trabalhistas, conhecida como CLT, além de explanar sobre a importância da Constituição Federal de 1988 para confirmação do papel social dessas normas.

Ademais, é traçada uma linha comparativa entre o modelo deste contrato abordado no Brasil com outros países, como a Inglaterra e a Itália, para mostrar como se comportam e também como ferem os direitos dos trabalhadores.

Esse estudo traz um olhar crítico ao contrato de trabalho intermitente, que desde sua inserção no ordenamento vigente, em maioria, foi visto pelos doutrinadores como uma forma de atender os interesses econômicos dos empregadores em detrimento das garantias dos trabalhadores. Portanto, essa temática possui uma importância de cunho social, pois afeta diretamente os sujeitos do contrato de trabalho, a parte que necessariamente precisa ser resguardada de abusos nas relações empregatícias.

Sendo assim, o tema do presente artigo foi escolhido para expor a indignação sobre a Reforma Trabalhista ocorrida em 2017 que inseriu essa nova modalidade contratual, já vista em outros países, mas que vai de encontro com os Princípios e normas da CLT e da Constituição Federal brasileira.

A partir disso, objetiva-se demonstrar o aspecto social e a importância da relação de emprego para que Princípios e normas não sejam violados, bem como, especificamente, apresentar o conceito de contrato de trabalho intermitente; verificar as alterações advindas da Reforma Trabalhista de 2017 ao art. 443, §3º da CLT; de outra parte, a reflexão deseja expor os problemas gerados com a aplicabilidade desse contrato de trabalho no ordenamento jurídico de modo a relacionar o contrato de trabalho intermitente com a

precarização das relações de emprego e comparar o modelo inserido no Brasil com os da Inglaterra e Itália.

Foi utilizada metodologia qualitativa, assim como, bibliográfica e estudo comparado, para a formulação deste trabalho. E para a estruturação desta pesquisa, primeiramente será abordado o histórico do direito do trabalho no Brasil, como as greves, os pensamentos difundidos à época, as primeiras normas, o sindicalismo, o surgimento da CLT e da Constituição de 1988, de acordo com os doutrinadores Carlos Henrique Bezerra Leite (2019) e Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2014). No terceiro capítulo, será explicado o que é relação de emprego, os conceitos acerca de alguns tipos contrato de trabalho – determinado, indeterminado e intermitente- e seus sujeitos - empregado e empregador-, por meio da ótica de Vólia Bonfim Cassar (2014), Carlos Henrique Bezerra Leite (2019), Luciano Martinez (2019), Maurício Godinho Delgado (2017) e Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2019).

Posteriormente, será explicada a definição contrato de trabalho intermitente e como ele tem contribuído para a precarização das relações de emprego, de acordo com Leite (2019), Luciano Martinez (2019) e Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2019). Por fim, o artigo conclui sua análise através do estudo comparado com os contratos *zero-hour* e *lavoro a chiamata*, da Inglaterra e Itália, respectivamente, de acordo com estudos feitos por Martinez (2019) e artigos científicos de Lorena de Mello Rezende Colnago (2017), Patrícia Maeda (2017), Francesca Columbu (2019) e Eliana dos Santos Alves Nogueira (2017).

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

2.1 A QUESTÃO DAS GREVES E O LIBERALISMO

Antes de iniciar a análise conceitual dos sujeitos e do contrato de trabalho, é necessário trazer o histórico do direito trabalhista à conjuntura brasileira. Isso se reveste de importância na medida em que permite trazer à tona os fatores internos e externos que trouxeram o contrato de trabalho à sua atual configuração, enfatizando a importância que possui atualmente.

O trabalho sempre existiu; no entanto, a história do trabalho acompanhou a evolução dos meios de produção de bens e serviços. E, a partir disso, pela concepção clássica, existem dois tipos de exercícios humanos: o autônomo, isto é, o prestado por conta própria, e o subordinado, prestado por conta alheia. Na zona intermediária deles, surge o parassubordinado. Baseado nesse estudo, o direito brasileiro tem por objeto de investigação científica o trabalho subordinado, feito por pessoa física, de forma não eventual e remunerado. (LEITE,2019, p.38,39)

De acordo com o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p.41), no Brasil, é possível dividir a história trabalhista em três fases. A primeira inicia-se com o descobrimento à abolição da escravatura; a segunda, da Proclamação da República à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta aos dias atuais, sendo possível observar os fatores internos e externos dessa evolução.

Em 1907, 30% das indústrias nacionais concentravam-se no Rio de Janeiro e 16% em São Paulo (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p.69). Dentre elas, oficinas e manufaturas de calçados, vestuário, móveis e fundições, por exemplo, eram, geralmente, mal instaladas em galpões e locais onde não havia fiscalização. Notava-se, também, a forte influência da imigração na composição do operariado no Brasil, principalmente por italianos, seguido pelos portugueses e espanhóis. Portanto, formavam-se as condições para que o trabalho subordinado fosse regido por normas de proteção ao trabalhador, entretanto, o Governo, inspirado nos princípios liberais, permanecia alheio às reivindicações, como as greves e o movimento político. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p.69)

Nos primeiros anos da República, em meados de 1890 a 1896, as greves eram esporádicas. Porém, acentuaram-se no século seguinte (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p.70,71). Em 1900 no Rio de Janeiro, por exemplo, os bondes foram paralisados e tombados durante três dias, por seus cocheiros, em reivindicação ao novo regulamento. Em Santos, os carroceiros paralisaram a cidade e fecharam o comércio e os ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil da Bahia fizeram protesto para redução da jornada de trabalho, aumento salarial e passagem franca na ponte D. Pedro II. No entanto, foi em 1917, em São Paulo, que eclodiu uma greve de enorme repercussão, no Cotonifício Rodolfo Crespi, bairro da Mooca, por insatisfação em relação aos salários. Os empregados fecharam a fábrica por tempo indeterminado e o movimento estendeu-se por 13 cidades e empresas do interior (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p.70).

Nesse período, até 1920, aproximadamente, os ideais anarquistas eram difundidos pela classe operária, cuja preponderância adveio da imigração europeia. No I Congresso Operário de 1906 prevaleceu essa ideologia, a qual pregava a resistência ao patronato, a oposição à beneficência, ao mutualismo ou cooperativismo, por serem considerados opostos aos seus interesses. No entanto, mesmo com o posterior perecimento do anarquismo, o seu impacto permaneceu com o surgimento de inúmeras organizações de classes. Todavia, mesmo diante de greves e ideais que tinham como objetivo a inserção do proletário à sociedade, como a influência do Positivismo de Comte que era favorável ao intervencionismo do Estado na economia, o Poder Público, baseado no liberalismo, permanecia com o posicionamento de que medidas legislativas que regulamentassem o trabalho humano, isto é, interferissem na formação dos contratos, estaria ferindo a liberdade e atividade individual no exercício das profissões, conforme art.72, §2º da Constituição Federal de 1891. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p.71)

Observa-se então que as noções de direito do trabalho no Brasil, as quais futuramente resultaram na sua consolidação, surgiram diante da árdua e precária realidade enfrentada pela classe operária nas indústrias e as ideologias difundidas provenientes da Europa, por exemplo.

2.2 PRIMEIRAS LEIS E O INÍCIO DO SINDICALISMO

O início do sindicalismo no Brasil é marcado pela existência das ligas operárias, em 1870. Com isso, em 1891, o decreto n.1.313 de 1891 proibiu o trabalho noturno de menores de quinze anos, limitou a jornada diária de trabalho deles para 7 horas, prorrogáveis até 9, além de vedar o trabalho de menores de doze anos. Em 1923, há a criação da primeira norma verdadeiramente trabalhista, a Lei Elói Chaves que instituiu a caixa de aposentadoria e pensões para os ferroviários. Em 1925, pouco tempo depois, a lei 4.982 disciplinou o direito a férias anuais remuneradas e a lei 62 de 1935 assegurou aos empregados de indústrias e comércio, o direito de receberem indenização por uma possível rescisão de contrato de trabalho de forma injustificada, além de direito a estabilidade após 10 anos de serviço no mesmo local. (LEITE, 2019, p.42).

Com a criação de algumas leis, como as supramencionadas, e a evolução do direito do trabalho no Brasil, em 1939 é criada a Justiça do Trabalho e em 1943 é outorgada, por Getúlio Vargas, a Consolidação das Leis do Trabalho. (LEITE, 2019, p.42).

Isto é, a criação das Ligas Operárias possibilitou a reivindicação pelo início do delinear da Consolidação das Leis do Trabalho, conhecida atualmente como CLT. Gradativamente, pequenos esboços legislativos foram inseridos ao ordenamento jurídico limitando, por exemplo, a idade para início nas atividades laborais, a caixa de aposentadoria e pensão, entre outras.

2.3 A CLT E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p.79), em sua doutrina, afirmam que as leis trabalhistas desenvolveram-se de forma desordenada e esparsa, neste sentido, observa-se que muitas profissões eram prejudicadas, pois as normas eram específicas para cada ofício, logo, outras precisavam de uma determinação legal que as amparassem.

A Consolidação das Leis do Trabalho criada por meio do Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, entrou em vigor em 10 de novembro do mesmo ano. Ela sistematizou as normas esparsas já existentes e foi acrescida de novos institutos criados por uma comissão de juristas da época, em sua maioria, membros do Ministério Público do Trabalho (LEITE, 2019, p.42).

A CLT é o texto legislativo base do direito trabalhista brasileiro, no entanto, faz-se importante a observação de que ele é completado pelas leis complementares e pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). E cabe aos operadores do direito aplicá-lo com interpretação à luz da constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, que inaugurou uma nova face na história dos direitos sociais no Brasil, repercute diretamente nesse âmbito legal do país. Sem dúvidas, ela é a mais desenvolvida nos aspectos sociais, pois consagra o direito trabalhista como fundamental (LEITE, 2019, p.43).

Portanto, a evolução das normas trabalhistas ao longo dos anos permitiu que fosse notada a necessidade de uma lei basal que abarcasse todos os empregados e não apenas ofícios específicos. E assim surgiu a CLT e posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1988, consolidou-se o aspecto social da legislação no Brasil.

3 O CONTRATO DE TRABALHO E SEUS SUJEITOS

3.1 O EMPREGADO, O EMPREGADOR E O CONCEITO DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

Previsto pelo art. 3º da CLT, o empregado sempre será uma pessoa física, isto é, o contrato de trabalho é *intuitu personae*. (LEITE, 2019, p.248). Logo, ele é o sujeito do contrato de trabalho (MARTINEZ, 2019, p. 330) e titular de direitos trabalhistas. Cabe destacar, que nem todo trabalhador é empregado, mas todo empregado é trabalhador. (LEITE, 2019, p. 262).

Quanto ao empregador, não há o critério de personalidade, tendo em vista que, ele pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica, ou até ente despersonalizado, chamado de massa falida. (LEITE, 2019, p. 330 e 331).

Diferentemente dos contratos de natureza cível, o contrato de trabalho tem suas regras mínimas impostas por lei, uma vez que, as partes contratantes não possuem igualdade econômica. Desse modo, preocupado com a possibilidade de ocorrer abusos do poder financeiro pelo empregador, o legislador regulamentou rigorosamente o direito dos empregados (CASSAR, 2014, p.275).

Há muitas correntes que tentam explicar a natureza jurídica da relação de emprego, contudo, é uma questão já pacificada pela própria legislação prevista na CLT e pelos doutrinadores também (CASSAR, 2014, p. 276). Sendo o contrato de trabalho considerado o negócio jurídico que cria a relação de emprego, logo, ele é o núcleo essencial do direito do trabalho, e, a partir dele, as outras ramificações dessa ciência surgem. (LEITE, 2019, p.239).

Conceitua-se, então, a relação de emprego como um tipo específico da atividade humana: o trabalho subordinado prestado pelo empregado. Ou seja, para a aplicação do direito do trabalho é levado em consideração a relação jurídica entre o empregado e o

empregador. Destarte, há critérios que a caracterizam, os artigos 2º e 3º da CLT trazem os seguintes critérios: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. (LEITE, 2019, p.246).

Sendo assim, ratifica-se a alegação de que o elo mais frágil da relação de emprego é o trabalhador, pois há a necessidade de delimitar o sujeito do contrato de trabalho, perante os possíveis abusos caso não fosse.

3.2 TIPOS DE CONTRATO DE TRABALHO

Em regra, os contratos empregatícios são indeterminados, por conseguinte, a ordem justralhista tem como exceção o contrato de trabalho por tempo determinado (DELGADO, 2017, p.611).

O contrato de trabalho determinado não é unicamente feito com prazo final certo, também pode ser pactuado para realização de obra certa ou para durar até a ocorrência de um fato suscetível de previsão, por exemplo (LEITE, 2019, p. 669). Além disso, ele firmará de maneira específica questões como suas características, regras e efeitos jurídicos (DELGADO, 2017, p.611).

O artigo 443, §1º da CLT estabelece que a vigência do contrato de trabalho a termo depende de: prazo prefixado, execução de serviços especificados ou realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada (LEITE, 2019, P.670). Posto isto, a doutrina difere o termo entre certo e incerto (DELGADO, 2017, p. 615).

O termo certo é aquele que possui uma data cronológica especificada, chamado por fixo. Já no termo incerto não há uma precisão temporal, no entanto, ele é firmemente previsível (DELGADO, 2017, p. 616). Embora haja essa possibilidade de determinação, a CLT no art. 445, *caput*, restringe este contrato a um prazo de dois anos e contratos de experiência não podem exceder o prazo de 90 dias – parágrafo único do art. 445 (DELGADO, 2017, p. 616).

Quanto às hipóteses de pactuação, a CLT prevê, no artigo 443, §2º, três possibilidades: o serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; atividade empresariais de caráter transitório e contrato de experiência (DELGADO, 2017, P.611).

Excepcionalmente, então, o contrato por prazo determinado fixa um período ou uma data específica para fim da prestação de serviço, desde que em observância das normas contidas na CLT.

Quando não há a fixação de prazo final no contrato de trabalho, diz-se que ele é indeterminado, conforme art.443, *caput* da CLT (NETO; CAVALCANTE, 2019, p.1292).

No entanto, o direito trabalhista traz como regra o contrato de trabalho por prazo indeterminado, sendo as outras modalidades, exceções. Cabe salientar que o vínculo entre empregado e empregador não é pra sempre (NETO; CAVALCANTE, 2019, p.1292).

Além disso, ele é caracterizado por possuir dois elementos, o subjetivo e o objetivo. O subjetivo baseia-se na ausência de prazo determinado, pois não há uma declaração de vontade para estipular a duração e o objetivo baseia-se na manifestação de umas das partes para que o contrato seja extinto (LEITE, 2019, p. 667).

Entretanto, existem limitações sobre determinadas situações para que o contrato seja findado, como por exemplo, quando a relação empregatícia se encontra regida pela estabilidade ou garantia do emprego (LEITE, 2019, p.668)

Logo, em regra, ante a ausência de um prazo que estipule o fim do contrato de trabalho, presume-se que é um contrato de trabalho indeterminado.

Por fim, conceitua-se o trabalho intermitente como a prestação de serviço com subordinação, mas que não é feito de forma contínua. Portanto, há a alternância entre períodos com atividade e inatividade, sendo assim, nos períodos em que não trabalha para esse empregador, não receber remuneração (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1302).

Esse contrato de trabalho foi introduzido pela Reforma Trabalhista ocorrida em 2017, Lei 13.467/167 e MP 808/17 e regulamentada pela Portaria 349, de 23/5/2018 (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1302).

No capítulo seguinte, serão destrinchados os impactos desse contrato empregatício introduzido e como sua normatização infringe normas e Princípios da própria CLT e da Constituição Federal brasileira, pois desde sua inserção, questionamentos acerca de sua legalidade são feitos.

4 O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E A PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A reforma trabalhista ocorrida pela lei nº 13.467/17 alterou parcialmente o art.443 da CLT e no §3º foi definido o contrato de trabalho intermitente (LEITE, 2019, p.691). Sendo:

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, 2017, art.443, §3º)

Trata-se de uns dos institutos mais polêmicos inseridos pela Reforma Trabalhista, sancionada pelo Presidente Michel Temer. Caracteriza-se pela aceitação como lícita a conduta do empregador em contratar empregados para pagar, apenas quando for necessária a prestação de seus serviços, tão somente as horas trabalhadas, sem a estipulação de uma jornada fixa mínima de trabalho ou uma carga semanal fixa mínima a ser cumprida. Neste contrato, a execução de determinada obrigação é feita de maneira fracionada, com alternância de períodos ativos e inativos, conforme as necessidades patronais. (MARTINEZ, 2019, p.607)

Para regulamentar essa novel espécie de contrato, foi inserido no ordenamento jurídico trabalhista, o art. 452-A, especificando características e requisitos. (LEITE, 2019, p. 692). Tais como: deve ser celebrado por escrito e registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), mesmo que seja previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, além disso, precisa conter o valor da hora de trabalho, não podendo ser inferior ao do salário mínimo ou ao preço pago a outros empregados do mesmo estabelecimento que exerçam a mesma função. (MARTINEZ, 2019, p.608)

Quanto ao meio de convocação para a prestação do serviço acordado, este pode ser feito por qualquer mecanismo de comunicação eficaz, sendo necessário informar qual será a jornada completa com três dias corridos de antecedência, no mínimo. (MARTINEZ, 2019, p.608). Após o chamado, o empregado tem o prazo de um dia útil para respondê-lo, e o silêncio importa como recusa, entretanto, não há a descaracterização de trabalho subordinado. Além disso, o descumprimento do aceite, sem justo motivo, implica na aplicação de multa pecuniária. (MARTINEZ, 2019, p. 609)

O pagamento, de acordo com a lei, ocorrerá ao final de cada prestação de serviço e serão pagos: a remuneração, as férias proporcionais com acréscimo de um terço, o décimo terceiro salário proporcional, o repouso semanal remunerado e os adicionais legais. Logo, o recibo deve conter, discriminadamente, os valores pagos relacionados a cada parcela. (MARTINEZ, 2019, p. 611). Outrossim, os recolhimentos de contribuição previdenciária e dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) deverão ser feitos nos termos da lei e baseados nos valores pagos durante o período mensal, e as férias poderão ser gozadas a partir de doze meses, nos doze meses subsequentes, no prazo de um mês, e, portanto, não poderá ser convocado nesse tempo pelo mesmo empregador e também não receberá o valor a título de férias proporcionais (MARTINEZ, 2019, p.611)

Insta salientar que a Medida Provisória nº 808, de 2017, por não ter sido convertida em lei, é utilizada como um conjunto de soluções ante os questionamentos que surgem acerca do contrato de trabalho intermitente, objetivando-se regulá-lo (MARTINEZ, 2019, p.612). Para preencher a sua lacuna normativa, publicou-se a Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018, pelo findado Ministério do Trabalho, basicamente com as mesmas premissas legais. (MARTINEZ, 2019, p.618)

Ante o exposto, faz-se duras críticas a este tipo implementado no Brasil. De fato, a forma como se estrutura demonstra que ele visa a atender a mentalidade dos empresários que fomentaram esta reforma, sem levar em consideração os Princípios que regem o direito do trabalho. (LEITE, 2019, p. 697)

Os art. 452-A da CLT e os 2º a 6º da Portaria do MTE 349 de 23-5-2018 que têm como intuito normatizar o contrato de trabalho intermitente ferem os Princípios: da dignidade da pessoa humana do trabalhador; do valor social do seu trabalho prestado; da busca do pleno emprego; da correção da desigualdade sociais, principalmente porque o empregado, como já foi mencionado, é o elo mais fraco da relação empregatícia; e da função social da empresa. (LEITE, 2019, p. 698)

Ocorre que, nesta modalidade de prestação de serviço, o trabalhador só receberá a sua remuneração quando convocado pela empresa, e, logo após ser utilizado, é descartado como se nenhum valor tivesse. Além de poder ficar meses sem receber nada ou auferir renda inferior ao salário mínimo. Ferindo os artigos 1º, III e IV, 170, caput, III, VII e VIII e art. 7º, IV, da CRFB, logo, é inconstitucional. (LEITE, 2019, p.698). Explica-se:

Neste contrato, não há a previsão de uma jornada fixa de trabalho, portanto, o trabalhador não possui exata informação de quantos dias serão trabalhados, nem horário de entrada e saída. Consequentemente, há o confronto com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III da CRFB, pois o empregado é equiparado a um objeto à disposição da atividade econômica empresarial. Além de ferir diretamente a finalidade constitucional do direito do trabalho em trazer melhorias sociais ao celetista, prevista no art. 7º, *caput*. (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1303 e p. 1304).

Ao prever a remuneração apenas das horas que forem trabalhadas, há a deturpação do conceito de tempo de trabalho, portanto, é uma norma que não segue o parâmetro estabelecido pela Magna Carta brasileira, art. 7º, IV e VII, pois a falta de garantia de jornada de trabalho, conseqüente, a falta de salário, não há como subsidiar o acesso do empregado aos seus direitos sociais, como moradia, alimentação, saúde e segurança (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1304).

Ademais, a CLT tem como objetivo proteger o empregado, pois é a parte hipossuficiente da relação, então, transferir-lhe os riscos da atividade econômica encontra-se em dissonância com a valorização social do trabalho, infringindo os artigos. 1º, IV; 170, caput; III, VII e VIII da CRFB (NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1304).

Além disso, o art. 7º, XVII da CRFB assegura as férias anuais remuneradas e acrescidas de um terço, e o art. 129 da CLT dispõe sobre esse período, sem prejuízo da remuneração, o que também é infringido, pois o pagamento deve ser feito no momento do gozo e não como é praticado nesse contrato, o qual é efetuado no final de cada período de prestação de serviço .

Os adeptos da inserção deste instituto na CLT argumentam que o objetivo do contrato de trabalho intermitente é retirar os trabalhadores que fazem “bicos” da informalidade. Entretanto, na análise econômica do direito, é sabido que os empregadores não iriam aderir a essa novidade, pois não há sentido em pensar que uma sociedade empresária formalizaria o contrato de emprego com um funcionário que só lhe atende em episódios pontuais e esporádicos (MARTINEZ, 2019, p.608).

Portanto, diante da contextualização feita acerca do contrato de trabalho intermitente, inserido no ordenamento jurídico pela Reforma Trabalhista ocorrida em 2017, depreende-se que ele é um instituto que apenas foi incluído para atender os valores econômicos do elo mais poderoso, os empregadores. Entretanto, a normatização feita vai de encontro com o Princípios norteadores do direito trabalho encontrados na Constituição brasileira e na própria CLT, além de infringir diretamente diversos dispositivos legais, como foi mencionado anteriormente.

5 OS CONTRATOS *ZERO-HOUR* E *LAVORO A CHIAMATA*

É possível traçar um elo comparativo entre o contrato de trabalho intermitente com os contratos identificados como *zero-hour*, da Inglaterra, e, o *lavoro a chiamata*, da Itália (MARTINEZ, 2019, p.607), surgidos anteriormente ao modelo brasileiro. No ordenamento jurídico italiano, o contrato de trabalho a chamada foi criado pelo decreto nº 276/2003, com o objetivo de criar um modelo mais flexível. Mas é o decreto nº 81/2015 que o regulamenta (NOGUEIRA, 2017, p.140).

Conceitua-se o referido contrato também como a tempo determinado, o qual o trabalhador está à disposição do empregador que utiliza a sua prestação de serviço de maneira intermitente, isto é, descontínua. Levando-se em consideração as exigências individuais estabelecidas pelos contratos coletivos (NOGUEIRA, 2017, p.141). Sendo possível estipular o trabalho por períodos na semana, mês e ano, ainda em observância às necessidades do contrato coletivo. (COLUMBU, 2019, p.100)

Diferentemente da proposta inserida no Brasil, o Direito italiano atentou-se aos efeitos gerados na relação empregatícia, pois é vedada a sua utilização como substituição de mão de obra permanente. Consequentemente, há a limitação do número de jornadas laborativas pelo trabalhador, bem como, é proibido que empresas, após terem efetuado dispensas coletivas recentes, contratarem funcionários mediante esta espécie de vínculo intermitente (NOGUEIRA, 2017, p.144). Outrossim, é limitada a aplicação, entre o mesmo empregador e o mesmo empregado, contrato que supere quatrocentos dias de trabalho a longo de três anos, sendo permitido mais de um contrato de trabalho intermitente, com funções distintas e outros empregadores. (COLUMBU, 2019, p. 100 e p.101).

O objetivo principal da norma italiana quanto a este instituto está primado na regularização de contratos informais, sistematicamente utilizados por empregadores que desejam ocupar ocasionalmente a mão de obra disponível (NOGUEIRA, 2017, p.144). Apesar de, diferentemente do Brasil, ter se preocupado um pouco mais com algumas vedações, a experiência italiana não foi frutífera, pois o contrato de trabalho intermitente permaneceu marginalmente em relação aos outros tipos de contrato de trabalho, logo, não se tornou uma atividade comum e difundida (COLUMBU, 2019, p.106).

Já o contrato *zero-hour* britânico também é um modelo que influenciou o brasileiro, inclusive é bastante criticado no meio acadêmico acerca de sua legalidade (MAEDA, 2017, p.5). Ele impõe ao trabalhador a necessidade de estar sempre disponível ao empregador, sem garantia de serviço e conseqüentemente um salário digno (COLNAGO, 2017, p.29).

É objurgado o modo como ele mascara o desemprego com a criação de subempregos, além de sua flexibilização contratual beneficiar assimetricamente o detentor das sociedades empresárias, pois a discricionariedade em fornecer o trabalho não é equivalente em aceitá-lo (MAEDA, 2017, p.6). Observa-se também nesse modelo que a falta de transparência e informação mitigam a liberdade do trabalhador, e em casos de cláusula de exclusividade, a situação é agravada (MAEDA, 2017. P.6).

Ademais, este instituto coloca o trabalhador em uma situação de completa instabilidade, sem ao menos ter a segurança de que terá um salário. Essa situação o impossibilita de possuir um planejamento de sua vida, bem como dificulta o acesso a direitos e garantias como férias e licença-saúde (MAEDA, 2017, p.6).

Portanto, depreende-se deste elo comparativo que o modelo brasileiro se limitou a admitir um instituto que flexibiliza o contrato, levando em conta, unicamente, a satisfação das necessidades do empregador em ter menos despesas com funcionários, como é o caso do britânico que se preocupa em mascarar o desemprego sem atentar-se à parte mais frágil da relação de empregatícia. Além disso, diante do modelo italiano, ainda é possível notar uma singela preocupação com determinadas questões que envolvam o trabalhador, o que diferentemente, não ocorre no contrato de trabalho intermitente do Brasil, pois garantias constitucionais são violadas, como mencionado no capítulo anterior.

6 CONCLUSÃO

Após a análise de doutrinas brasileiras e artigos científicos acerca do tema do contrato de trabalho intermitente, bem como o estudo comparado desse modelo contratual em países como a Inglaterra e a Itália, foi possível notar o impacto negativo que um acordo de trabalho em dissonância com os preceitos e garantias assegurados pelas legislações trabalhistas pode trazer para o meio social.

O direito do trabalho no Brasil foi criado com o objetivo principal de proteger o empregado de eventuais abusos cometidos pelo empregador, por ser o sujeito frágil da relação empregatícia. Portanto, é notório, claro e inconteste o papel social que o vínculo entre trabalhador e empresa possui. Uma vez que até o ápice da consolidação das leis do trabalho, uma série de acontecimentos influenciaram a atual formação legislativa, como as greves, a difusão de ideais de resistência ao patronato e o Positivismo de Comte, por exemplo.

No presente artigo, conclui-se que a inserção do contrato de trabalho intermitente com a Reforma Trabalhista de 2017 contribui para a precarização da relação de emprego. Tendo em vista que esta modalidade contratual se adequa aos interesses do empregador em detrimento dos direitos assegurados aos empregados, ferindo diretamente artigos da CLT, da Constituição Federal do Brasil e Princípios que regem o direito do trabalho.

Ademais, em comparação com os países que também possuem este contrato de trabalho em seu ordenamento jurídico, como a Inglaterra e a Itália, também é possível notar o cerceamento de direitos conferidos aos trabalhadores. Demonstrando que o acordo de trabalho intermitente é duramente criticado não só por juristas brasileiros, como por doutrinadores de outros países.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº **5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28/03/2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Trabalho intermitente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontínuo**. Disponível em: <https://juslaboris-hml.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123410/2019_colnago_lorena_trabalho_intermitente.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28/03/2022.

COLUMBU, Francesca. **O trabalho intermitente na legislação laboral italiana e brasileira**. Disponível em: <<https://revistas.anchieta.br/index.php/Dirdotrabalhoeprocessodotrabalho/article/view/1424/1306>>. Acesso em: 23/03/2022.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

MAEDA, Patricia. **Contrato de trabalho intermitente: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante**. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4660419/mod_resource/content/1/Intermitente%20e%20ZHC.pdf>. Acesso em: 28/03/2022.

MARTIEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano**. Disponível em:

<https://juslaboris-hml.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125435/2017_nogueira_eliana_contrato_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 21/03/2022.

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E NOVOS ARRANJOS CONTEMPORÂNEOS: AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA CONCRETIZAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

DAIANA SILVA DO NASCIMENTO:
Bacharelada em Direito pela Faculdade
Metropolitana de Manaus - FAMETRO¹⁸⁹

ANTÔNIO LUCENA BITTENCOURT NETO
(orientador)

RESUMO: A atual conjuntura social, em que novos arranjos familiares são notados e se apresentam através de demandas específicas ao judiciário brasileiro, é imprescindível que sejam realizados estudos que tratem, entre outras questões, a importância do reconhecimento do princípio da afetividade como forma de legitimar tais famílias. Este estudo tem como objetivo geral analisar como o desenvolvimento e aplicabilidade do princípio da afetividade no direito enquanto valor jurídico na formação dos novos modelos de família. Através de uma pesquisa bibliográfica e documental, foram pesquisados artigos científicos, legislações, normativas e jurisprudências, que tratassem da problemática. Foi possível identificar que o princípio da afetividade é uma das mais pertinentes formas de reconhecimento dos novos arranjos familiares como forma de assegurar os direitos de seus membros, bem como a importância da jurisprudência nestes casos, e por fim da identificação dos impactos no jurídico. Assim, foi notado que o direito brasileiro necessita se manter em constante atualização como forma de atender as demandas provenientes das novas configurações familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da afetividade. Direito de família. Novos arranjos familiares.

ABSTRACT: The current social conjuncture, in which new family arrangements are noticed and presented through specific demands to the Brazilian judiciary, it is essential that studies be conducted that address, among other issues, the importance of recognizing the principle of affectivity as a way of legitimizing such families. This study aims to analyze how the development and applicability of the principle of affectivity in law as a legal value in the formation of new family models. Through a bibliographic and documentary research, scientific articles, legislation, regulations and jurisprudence were researched, which addressed the problem. It was possible to identify that the principle of affection is a more relevant way of recognizing the new family arrangements as a way to ensure the rights of its members, as well as the importance of jurisprudence in these cases, and finally the

¹⁸⁹Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro. E-mail: sndaiana0127@gmail.com.

identification of the impacts on the legal. Thus, it was noticed that Brazilian law needs to be constantly updated as a way to meet the demands of the new family configurations.

KEYWORDS: Principle of affectivity. Family law. New family arrangements.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Princípio da afetividade: história, conceitos e aplicabilidade; 2.1 Arranjos familiares e as relações de afeto; 2.2 Famílias e o Artigo 226 da Constituição Federal: rol exemplificativo ou taxativo; 2.3 A aplicabilidade do princípio da afetividade. 3 Princípio da afetividade e jurisprudência: as decisões do STJ aplicadas ao afeto como base de novas família; 3.1 Os fundamentos e a jurisprudência do STJ no emprego do princípio da afetividade; 3.2 Os novos arranjos familiares reconhecidos pela doutrina. 4 As novas famílias e o Direito à luz do princípio da afetividade: efeitos jurídicos reconhecidos às novas entidades familiares; 4.1 Os efeitos jurídicos aplicados às novas entidades familiares. 4.2 Consequências ao jurídico brasileiro atual diante as novas configurações familiares; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O processo evolutivo atual da sociedade brasileira tem apresentado impacto em todos os setores que a sustentam, evolução esta que se aplica diretamente ao direito, uma vez que este se revela como um cerne estrutural de forma a assegurar a convivência pacífica e dentro da legalidade.

Neste contexto, dentre tantas transformações, é salutar a compreensão das novas possibilidades de formação familiar que se destacam, considerando para além das bases propostas legalmente até o momento, expandindo-se da constituição familiar através do matrimônio ou ainda por laços consanguíneos, mas entendo que a família também se estabelece e solidifica diante a construção de laços afetivos entre seus membros.

Com o aparecimento destes novos arranjos familiares é de suma importância que o meio jurídico passe a considerar novas formas de compreender o direito de família, estabeleça jurisprudências a fim de atender as novas demandas, bem como haja o início de discussões acerca mudanças estruturais na legislação brasileira, uma vez que tais arranjos familiares não se mostram uma novidade em passagem ou tendem a retroagir, sendo na verdade possível ressaltar a possibilidade de aparecimento de novas configurações.

A metodologia aplicada na realização deste estudo se constituiu em um levantamento bibliográfico e documental como estratégia de cumprimento dos objetivos propostos, considerando a necessidade de confronto de ideias, convergentes ou divergentes, de forma a comentar as legislações em vigência no país acerca da temática.

Para tanto foram realizadas pesquisas nos bancos de dados que armazenam artigos científicos, dissertações e teses voltados para o tema, delimitando-se aos publicados entre os anos de 2017 e 2022. Em relação a legislação pertinente, a pesquisa documental foi dedicada a levantar as possibilidades de aplicação da lei que respeitassem o tema em tela, assim como se determinou a busca por jurisprudências que atentassem à causa.

Neste sentido, este artigo tem como objetivo geral analisar como o desenvolvimento e aplicabilidade do princípio da afetividade no direito enquanto valor jurídico na formação dos novos modelos de família. Para tanto, foram determinados como objetivos específicos: - Apresentar a aplicabilidade do princípio da afetividade, através de seu contexto histórico e conceitual, diante as novas configurações de família na sociedade atual; - Estudar as interpretações legais da atualidade acerca das novas formações familiares baseadas no afeto; - Analisar as implicações jurídicas da formação de novos arranjos familiares.

2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: HISTÓRIA, CONCEITOS E APLICABILIDADE

2.1 Arranjos familiares e as relações de afeto

Anterior ao aprofundamento necessário para o cumprimento dos objetivos propostos por este estudo é salutar a compreensão acerca dos aspectos da família no contexto histórico e legal, bem como da importância das relações de afeto que estabelecem a formação das mesmas.

De acordo com Prado (2017, p. 22) a família pode ser compreendida, sob o viés antropológico e social, como a associação de pessoas que estabelecem relações de afeto e cuidado entre si, existindo ou não consanguinidade interligando os membros desse grupo. Maluf et al. (2018) afirmam que a família também deve ser entendida como pessoas que dividem o mesmo espaço e possuem relações de parentesco, tendo então um cerne ancestral comum.

Ainda pelo espectro, Gonçalves (2018, p. 31) elucida que tradicionalmente a família é conceituada por um grupo de pessoas geralmente composto por pais e filhos, sendo estes naturais ou adotados, desde que residentes na mesma unidade residencial. Almeida (2021, p. 45) afirma que é possível a formação de famílias através da adoção de membros, em geral filhos, bem como estabelecendo esta unidade pela tutela ou guarda destes.

Considerada a primeira instituição responsável pelo convívio social, a família pode ser explicada como a agregação de pessoas que estejam unidas por laços afetivos ou por parentesco, considerando então as relações de sentimentos que aproximaram tais indivíduos ou por imposições biológicas. Cada sociedade possui uma compreensão própria

do conceito de família, obedecendo os vínculos e a organização de cada uma (AZEVEDO, 2019, p. 20).

A evolução social em ocorrência tem destacado a importância de apontar as possibilidades de composição familiar, sendo destacadas a família nuclear, família extensa, família matrimonial, família informal, família monoparental, família anaparental, família reconstruída e família unipessoal.

De acordo com Martins, Sarmiento e Alves (2019, p. 33) a família nuclear é aquela composta por pais e filhos, sendo determinada pela interação entre irmãos, pai e mãe, ao passo que a família extensa se destaca pela composição mais abrangente da família nuclear, sendo então composta por tios, primos, avós, entre outros, determinando-se também pela moradia compartilhada ou não.

A família matrimonial é apresentada por Vilas Boas (2020, p. 9) como aquela em que se constitui após a oficialização de uma união em matrimônio, possuindo ou não filhos. Madaleno (2018, p. 25) afirma que a família informal é aquela em que as mesmas bases do tipo anterior são identificadas, porém oficializadas por união estável. Já a família monoparental é determinada como aquela em que a composição se dá pelos progenitores, sem o registro de outros membros.

De acordo com Silva (2020, p. 32) a família anaparental é conceituada como aquela em que é constatada a ausência dos progenitores, sem a presença de pais, com o convívio de irmãos no mesmo lar, podendo ainda ser caracterizada pela convivência através das relações de afeto, sem necessariamente o estabelecimento de laços de parentesco. Valério e Capelari (2019, p. 65) afirmam que a família reconstruída é explicada pela constituição da mesma em uma nova união, em que um ou os dois progenitores já possuam filhos de relacionamentos anteriores. A família unipessoal é determinada por Buscariolo (2019, p. 134) como aquela constituída somente de um membro, seja por força de decisão particular ou em virtude de eventos como viuvez e divórcio, por exemplo.

O estabelecimento de famílias em decorrência de relações de afeto tem se mostrado uma observação necessária devido as mais diversas possibilidades de tipos de família, partindo historicamente da imposição de afeto proveniente dos processos adotivos, alcançando atualmente a imposição social dos novos arranjos familiares baseados nas relações sentimentais.

De acordo com Rosa e Oliveira (2017, p. 10) a maioria dos tipos de família que atualmente são identificadas no seio da sociedade é possível destacar que as relações de afeto se mostram ainda mais proeminentes na formação familiar, alcançando assim um status mais abrangente que o determinado pelas legislações, as quais em geral reconhecem a família como aquela contraída pelo matrimônio.

2.2 Famílias e o Artigo 226 da Constituição Federal: rol exemplificativo ou taxativo?

A compreensão do entendimento do direito brasileiro acerca da constituição de família vem sendo debatido de diversas formas, principalmente sob a perspectiva do questionamento de sua natureza exemplificativa ou taxativa.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), no Capítulo VII, artigo 226 determina que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Segundo Campos e Campos (2020, p. 64) é imperativa a observância de que no ato da escrita da Carta Magna o contexto social tradicionalista se mostrava determinante para a construção da lei brasileira, uma vez que naquele cenário a família se caracterizava apenas aquela proveniente do casamento civil e estabelecida através do parentesco.

As discussões sobre a visão constitucional brasileira acerca do entendimento de família devem ser consideradas não somente pela sua base, mas principalmente pelo que é estabelecido em lei, uma vez que a discussão a respeito do rol preconizado no referido artigo pode ser interpretada como taxativo ou exemplificativo (GONÇALVES, 2018, p. 28).

O rol taxativo é defendido por Melo e Cordeiro (2018, p. 85) como aquele em que a família deve ser considerada sob uma perspectiva legal somente em razão do que é preconizado pela Constituição Federal, ou seja, somente deve ser considerada família, a entidade que efetivamente estiver de acordo com o texto legal, sendo então aquela constituída pelo casamento, através de membros heterossexuais e os que estejam devidamente exemplificados.

Sob a perspectiva exemplificativa, Gama (2018, p. 98) esclarece que o considerado no texto constitucional se dá primeiramente em razão da especificidade em decorrência de maior exemplificação na sociedade, sendo os demais de possível entendimento implícito na abrangência do conceito de família, sendo considerada então uma vasta gama de possibilidades de compreensão de acordo com o entendimento legal particular.

Ainda sob este viés, Silva (2021, p. 87) afirma que através da compressão de um rol exemplificativo é determinante para o reconhecimento da entidade familiar para além do que é compreendido exatamente em consonância com a escrita da lei, uma vez que ao apenas exemplificar e dar abertura para entendimentos, possibilita a admissão de novos arranjos familiares, sendo assim pertinente o amparo legal dos mesmos.

2.3 A aplicabilidade do princípio da afetividade

Sobre o princípio da afetividade, Pozzolo e Toledo (2017) afirmam que:

É seguindo este raciocínio que a afetividade, no sentido da responsabilidade de uma pessoa com a outra, potenciando seus sentimentos, e a fraternidade tornam-se categorias importantes no processo de efetivação dos direitos. Algo relativamente novo no estudo doutrinário e timidamente exercido no âmbito judicial, no entanto, os valores presentes na sociedade brasileira já comportam seguramente tal exercício (p. 179)

A aplicabilidade do princípio da afetividade deve ser estudada em conformidade com as mais variadas formações familiares, sendo de suma importância o entendimento das possibilidades cabíveis de contribuição deste princípio.

De acordo com Falcão (2019, p. 33) é imperativa a consideração dos fatores sociais e culturais que são englobados na afetividade enquanto cerne de constituição de uma família. Segundo Correia (2019, p. 49) ao considerar tais pontos é possível observar que diante a importância do afeto na construção de relações familiares aspectos moduladores da sociedade também são relacionados, uma vez que ao estabelecer relações sociais entre pares e construir famílias na perspectiva dos laços afetivos apontam de forma igualitária

para a relevância da afetividade como fator principal na formação de novos arranjos familiares.

Para além do estabelecido pela normativas nacionais que compreendem a família sob aspectos tradicionais, o princípio da afetividade pode ser aplicado principal e primordialmente em casos que as relações afetivas se mostram o maior eixo de estabelecimento da estrutura familiar (SILVA, 2018, p. 31).

Sobre isto, Borges e Ebaid (2020, p. 43) estabelecem como possíveis exemplos os casos de aplicação deste princípio são as famílias oriundas de processos de adoção, famílias anaparentais ou ainda famílias informais. José (2020) complementa com o reconhecimento da importância da aplicação da afetividade quando dos casos de famílias monoparentais ou ainda famílias unipessoais.

3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E JURISPRUDÊNCIA: AS DECISÕES DO STJ APLICADAS AO AFETO COMO BASE DE NOVAS FAMÍLIAS

3.1 Os fundamentos e a jurisprudência do STJ no emprego do princípio da afetividade

Diante a relevância do princípio da afetividade faz-se mister a apresentação dos fundamentos pertinentes a este princípio, bem como a identificação da jurisprudência já conhecida a estes casos.

Segundo Marquette e Giovanetti (2021, p. 45) um ponto importante nesta discussão é a compreensão da afetividade no direito enquanto princípio, uma vez que as relações de afeto podem ser entendidas por doutrinadores tanto como a base de outros princípios ou ainda como um artigo de valor subjetivo.

De acordo com Brasil e Consalter (2020, p. 98) ao identificar o princípio da afetividade enquanto princípio é salutar a interseção entre o mesmo e os princípios da dignidade humana e da solidariedade, assim como está vinculado diretamente aos princípios da convivência familiar e da igualdade, principalmente entre os cônjuges e filhos. Pereira, Ruzyk e Oliveira (2018, p. 19) complementam tal fundamento ao identificar que as relações de afeto são primordiais para o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, na reparação dos danos provenientes do abandono afetivo e na identificação e reconhecimento da parentalidade socioafetivo como novo arranjo familiar.

No que tange à jurisprudência alguns casos são possíveis de apresentação e análise considerando a aplicação do princípio da afetividade, sendo o primeiro relacionado ao reconhecimento da paternidade afetiva, conforme:

APELO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COEXISTÊNCIA DE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA.

MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM REPERCUSSÃO GERAL (RE 898.000-SP). SENTENÇA REFORMADA. PROVIMENTO. I - É possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo, uma vez que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser exercitado sem nenhuma restrição em face dos pais, não havendo falar que a existência de paternidade socioafetiva tenha o condão de obstar a busca pela verdade biológica da pessoa. II - A Suprema Corte assentou o entendimento no sentido de que a existência de paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante com o de origem biológica. III - Reformada a sentença de improcedência, para julgar procedente o pleito inicial e reconhecer a dupla paternidade no registro civil do autor apelante, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes. IV - Apelo provido.

Outra possibilidade de apresentação da jurisprudência que trata o princípio da afetividade se dá diante a decisões acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas, com adoção e multiparentalidade, conforme:

*Processo: 0003593-61.2016.8.07.0016 – Segredo de Justiça 0003593-61.2016.8.07.0016 Órgão Julgador: 5º Turma Cível
Publicação: Publicado no DJE: 14/11/2017. Pág.: 521/525
Julgamento: 25 de outubro de 2017 Relator: Josapha Francisco dos Santos
CONSTITUCIONAL E FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA COM REGISTRO DE MULTIPARENTALIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO PREEXISTENTE. RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO. DUPLA MATERNIDADE. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA PELO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. SENTENÇA REFORMADA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao conceder 43 repercussão geral ao tema n. 622, no leading case do RE 898060/SC, entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios. 2. Consoante se infere do referido julgado, houve uma*

mudança no entendimento sobre o tema da multiparentalidade, em virtude da constante evolução do conceito de família, que reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 3. In casu, constatada a coexistência de dois vínculos afetivos; quais sejam, com os pais socioafetivos e com a mãe biológica, não havendo qualquer oposição de nenhuma das partes sobre o reconhecimento da multiparentalidade, o seu reconhecimento é medida que se impõe. 4. Recurso provido. Sentença reformada. (TJ-DF 20160110175077 - Segredo de Justiça 0003593- 61.2016.8.07.0016, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS Data de Julgamento: 25/10/2017, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/11/2017. Pág.: 521/525)

3.2 Os novos arranjos familiares reconhecidos pela doutrina

A compreensão acerca dos novos arranjos familiares sob a perspectiva jurídica se apresenta como imperativa diante a necessidade de efetivação de direitos destes indivíduos.

A pluralidade de contextos familiares presentes na sociedade atual invariavelmente determina que o legislador entenda as possibilidades de formação das mesmas, uma vez que as famílias não necessariamente seguem o modelo estipulado inicialmente de formação familiar através do casamento heterossexual, sendo notada uma crescente busca por direitos aqueles membros de famílias que se originam de união estável, bem como de união estável entre pessoas do mesmo sexo, famílias monoparentais, anaparentais e unipessoais (AFONSO et al., 2019).

De acordo com Oliveira e Cabral (2021), o reconhecimento de novos arranjos familiares pela doutrina aponta principalmente para a associação do princípio da afetividade e da preservação da dignidade humana, uma vez que, baseada na instituição do rol exemplificativo da constituição e do papel do Estado em assegurar direitos e preservar famílias, é plausível que a força jurídica acolha os arranjos familiares para além dos laços matrimoniais, e sim assegure a entidade familiar fundamentada no afeto.

O reconhecimento da larga abrangência de arranjos familiares pela doutrina brasileira se baseia atualmente na perspectiva de formação de famílias funcionais, independentemente de sua base de formação, uma vez que entende a família como a instituição que promove e assegura a formação e o desenvolvimento de seus membros, assim como fomenta a sociedade atual (CORREA; PILECCO; TOLFO, 2017).

Neste sentido, o primeiro arranjo familiar diferenciado ao constitucional devidamente reconhecido pela doutrina brasileira, se dá pela família monoparental, em que a mesma não é composta por ambos pais, sendo formada somente por um e seus descendentes, estipulando assim o vínculo de ascendência e descendência como forma de reconhecimento (PAMPLONA FILHO, 2020). Almeida e Dalsenter (2021) estipulam que tal arranjo familiar é deveras identificado no contexto brasileiro, sendo necessária assim a sua confirmação diante as leis nacionais e efetivação de direitos.

Outro arranjo familiar, baseado na afetividade, que atualmente encontra apoio de direitos na doutrina legal brasileira é a família anaparental, a qual em razão da ausência de pais, se constitui pelo agregamento de parentes ou pessoas sem este vínculo de forma a conviverem e se apoiarem (RODRIGUES; ALVARENGA, 2021). Para Schaid (2020), o reconhecimento de tal arranjo é determinante para a segurança de direitos de famílias de irmãos, por exemplo, ou ainda de pessoas sem vínculo conjugal ou sanguíneo, mas que dividem a convivência e se estabelecem como família, sendo um exemplo a garantia de herança.

A família pluriparental também se mostra um arranjo familiar possível de atendimento pela doutrina brasileira, sendo esta fundamentada no entendimento de uma família oriunda de formações familiares anteriores, nas quais novos vínculos são formados e fortalecidos, os quais determinam direitos comuns (NOBRE; HONORATO; AGUIAR, 2018).

4 AS NOVAS FAMÍLIAS E O DIREITO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: EFEITOS JURÍDICOS RECONHECIDOS ÀS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

4.1 Os efeitos jurídicos aplicados às novas entidades familiares

Em consideração aos objetivos propostos pela presente pesquisa é salutar a compreensão dos efeitos jurídicos devidamente reconhecidos pelo direito brasileiro às novas configurações de família a partir do afeto, uma que vez que esta é compreendida como aquela em que seus membros partilham da vida, estabelecendo as relações de afeto como parâmetros de convivência, solidariedade e responsabilidade (SCHAID, 2020).

Uma vez que a Constituição Federal preconiza somente a família originada do casamento, a monoparental e aquela surgida de uma união estável, cabe à doutrina moderna adequar-se aos novos modelos, buscando assegurar os direitos das famílias que não estejam devidamente descritas no verso da lei.

Assim, a jurisprudência se mostra determinante para aplicar os direitos em diversos casos neste sentido, destacando-se os efeitos jurídicos junto a famílias originadas de uniões homoafetivas, como os casos pós morte, conforme:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. O direito real de habitação está calcado nos princípios da solidariedade e da mútua assistência, característicos da união estável. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre as duas legislações. Equiparação entre união estável e casamento levada a efeito pela Constituição Federal. NEGARAM PROVIMENTO. (TJ/RS – 8ª C. Cív., Ap. Cív. nº 70018291468, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 01.03.2007).

Outra possibilidade de atendimento de um novo arranjo familiar atualmente é a família pluriparental, com a efetivação do direito de adoção baseado no princípio da afetividade, conforme:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL DE MAIOR AJUIZADA PELO COMPANHEIRO DA GENITORA. DIFERENÇA MÍNIMA DE IDADE ENTRE ADOTANTE E ADOTANDO. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) 2. Hipótese em que o padrasto (nascido em 20.3.1980) requer a adoção de sua enteada (nascida em 3.9.1992, contando, atualmente, com vinte e sete anos de idade), alegando exercer a paternidade afetiva desde os treze anos da adotanda, momento em que iniciada a união estável com sua mãe biológica (2.9.2006), pleito que se enquadra, portanto, na norma especial supracitada. 3. Nada obstante, é certo que o deferimento da adoção reclama o atendimento a requisitos pessoais - relativos ao adotante e ao adotando - e formais. Entre os requisitos pessoais, insere-se a exigência de o adotante ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando (§ 3º do artigo 42 do ECA). 4. A ratio essendi da referida imposição legal tem por base o princípio de que a adoção deve imitar a natureza (adoptio natura imitatur). Ou seja: a diferença de idade na adoção tem por escopo, principalmente, assegurar a semelhança com a filiação biológica, viabilizando o pleno desenvolvimento do afeto estritamente maternal ou paternal e, de outro lado, dificultando a utilização do instituto para motivos escusos, a exemplo da dissimulação de interesse

sexual por menor de idade. 5. Extraíndo-se o citado conteúdo social da norma e tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, revela-se possível mitigar o requisito de diferença etária entre adotante e adotanda maior de idade, que defendem a existência de vínculo de paternidade socioafetiva consolidado há anos entre ambos, em decorrência de união estável estabelecida entre o autor e a mãe biológica, que inclusive concorda com a adoção unilateral. 6. Apesar de o adotante ser apenas doze anos mais velho que a adotanda, verifica-se que a hipótese não corresponde a pedido de adoção anterior à consolidação de uma relação paterno-filial, o que, em linha de princípio, justificaria a observância rigorosa do requisito legal. 7. À luz da causa de pedir deduzida na inicial de adoção, não se constata o objetivo de se instituir uma família artificial - mediante o desvirtuamento da ordem natural das coisas -, tampouco de se criar situação jurídica capaz de causar prejuízo psicológico à adotanda, mas sim o intuito de tornar oficial a filiação baseada no afeto emanado da convivência familiar estável e qualificada. 8. Nesse quadro, uma vez concebido o afeto como o elemento relevante para o estabelecimento da parentalidade e à luz das especificidades narradas na exordial, o pedido de adoção deduzido pelo padrasto - com o consentimento da adotanda e de sua mãe biológica (atualmente, esposa do autor) - não poderia ter sido indeferido sem a devida instrução probatória (voltada à demonstração da existência ou não de relação paterno-filial socioafetiva no caso), revelando-se cabível, portanto, a mitigação do requisito de diferença mínima de idade previsto no § 3º do artigo 42 do ECA. (...) (STJ, REsp 1717167/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 10/09/2020)

E por fim, outro exemplo de efeito jurídico diante a uma nova configuração familiar se dá pelo reconhecimento da maternidade ou paternidade diante o princípio da afetividade, ainda que após a morte do pai envolvido, conforme:

PELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE POST MORTEM. MULTIPARENTALIDADE. Sentença de improcedência. Insurgência. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Inteligência do art. 357, §6º e §7º do CPC. Mérito. Acolhimento. Filiação socioafetiva que constitui modalidade de parentesco civil. Inteligência do art.

1.593 do CC. Princípio da afetividade jurídica que permite, conforme o entendimento do STJ, a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental. Reconhecimento que exige a necessidade de tratamento como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Precedentes da Corte Superior. Hipótese dos autos em que a filiação socioafetiva está comprovada. Partes que tiveram relação materno-filial por 36 anos, após o falecimento da mãe biológica do autor e em decorrência da união estável mantida com seu pai. Elementos dos autos, tais como testemunhas, fotos e documentos, uníssonos no sentido de que as partes sempre se trataram como mãe e filho, de forma pública e notória, nutrido afeto mútuo. Sentença reformada para reconhecer o vínculo de filiação socioafetiva entre as partes, determinando-se, em consequência, a inclusão do vínculo de filiação materna junto ao assento de nascimento do autor, sem prejuízo daqueles já registrados, bem assim as demais averbações pertinentes a este parentesco. Retificação do polo passivo para constar o espólio da falecida M.P. RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO." (v. 35216). (TJSP; Apelação Cível nº 1006090-70.2019.8.26.0477; Rel. Des^a. Viviani Nicolau, 3^a Câmara de Direito Privado, Foro de Praia Grande - 1^a Vara de Família e Sucessões, julgamento em 02/02/2021, registro em 02/02/2021)

4.2 Consequências ao jurídico brasileiro atual diante as novas configurações familiares

A compreensão acerca da visão jurídica acerca dos novos arranjos familiares da contemporaneidade perpassa por vários aspectos, dentre eles a relevância do reconhecimento dos impactos ao direito nacional.

Segundo Lobo (2021) uma das consequências notadas neste sentido é a necessidade de evolução permanente e diária acerca das legislações, para que as mesmas sejam mantidas atualizadas em conformidade com novas conjunturas. Sobre isto, Scherbaum e Rocha (2018) afirmam que ao se expandir do que é preconizado pela carta magna, as famílias atuais se apresentam como uma demanda pertinente a atualização do direito.

Oliven (2010) afirma ainda que desafios ainda são observados neste sentido, com a necessidade de embasamento legal acerca de questões sensíveis aos novos arranjos familiares, como a parentalidade em casos de inseminação artificial, ou ainda quando se

trata de famílias formadas por poliamor. Lobo (2021) complementa que tais considerações se mostram cada vez mais pertinentes, uma vez que tais cenários se mostram uma realidade eminente.

Outra consequência comum ao jurídico nacional quando se trata das novas configurações familiares é a sua importância diante a necessidade de embasamento legal para a criação e efetivação de políticas públicas que atendam as demandas destes arranjos (SILVA et al., 2021). Segundo xxxxx ao possibilitar que tais políticas sejam de fato elaboradas e cumpridas, o reconhecimento jurídico estabelece que as mesmas tenham seus direitos assegurados em todas as instâncias.

Por fim, Ferreira e Fante (2019) alegam que os impactos do reconhecimento destes novos arranjos familiares para o jurídico brasileiro se dão também pela reflexão em todas as legislações pertinentes ao direito de família, como o Estatuto da Criança e Adolescente, Estatuto do Idoso, Código Penal, Código Civil, entre outros.

5 CONCLUSÃO

O estudo acerca da aplicação do princípio da afetividade diante a necessidade de segurança de direitos de novos arranjos familiares perpassou por diversos pontos que tratam da legislação nacional, bem como a relevância das peculiaridades acerca do tema.

Em primeira instância foi possível identificar as particularidades acerca do princípio da afetividade, o que proporcionou diretamente a compreensão sobre as possibilidades de aplicação do mesmo, e como este impacta nas novas configurações de família nos dias de hoje. Foi possível identificar ainda, neste sentido, que este princípio de mostra ainda mais válido nos dias atuais, pois é determinante na classificação e reconhecimento dos novos modelos de família.

No que tange a tais formações familiares, foi possível identificar que as leis atuais não atendem de forma integral as demandas apresentadas pelas mesmas, pois muitas questões são notadas em solução após as devidas interpretações legais e várias jurisprudências sobre a temática.

E por fim, observou-se que diversas questões sobre as implicações legais determinadas em decorrência destes novos arranjos familiares apontam para horizontes jurídicos como alterações em diversas leis, por exemplo.

Assim, notou-se que os desafios comuns a esta pesquisa se mostram pertinentes quando se trata da eminente realidade da temática dos novos arranjos familiares, bem como a importância de sempre manter atualizada a busca por atendimento legal a tais configurações.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Davi Borges et al. Os novos arranjos familiares e o direito brasileiro: as relações poliafetivas como entidade familiar. **Anais do Seminário Científico do UNIFACIG**, n. 5, 2019.

ALMEIDA, Felipe Cunha. **Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares**. Livraria do Advogado Editora, 2021.

ALMEIDA, Vitor; DALSENTER, Thamis. Famílias monoparentais, vulnerabilidade social e cuidado. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v. 28, n. 02, p. 77, 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. Saraiva Educação SA, 2019.

BORGES, Sarah Carolina Colorado; EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. A busca pela realização da dignidade da pessoa humana no instituto da adoção. In: **Colloquium Socialis**. ISSN: 2526-7035. p. 19-30. 2020.

BUSCARIOLO, Karisa Guimarães. Os diversos tipos de família no Brasil. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 15, n. 15, 2019.

CAMPOS, Diogo Leite de; MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. **Lições de direito da família**. Almedina, 2020.

CORREA, Isabella Machado; PILECCO, Fabiane Segabinazi; TOLFO, Andreia Cadore. As famílias reconstituídas e seus efeitos jurídicos. **REVISTA CONGREGA-MOSTRA DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO-ISSN 2595-3605**, n. 1, p. 196-208, 2017.

CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 14, p. 335-335, 2018.

FALCÃO, Letícia Prazeres. O fenômeno da parentalidade distraída e abandono afetivo quanto custa o cuidado na sociedade tecnológica. **Revista de Direito de Família e Sucessão, Goiânia**, v. 5, n. 1, p. 56-72, 2019.

FERREIRA, Catia Regina; DE LIMA FANTE, Cilmaria Corrêa. Reflexão sobre a multiparentalidade no direito sucessório. **Academia de Direito**, v. 1, p. 191-210, 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Uniões de pessoas do mesmo sexo e o Direito de Família. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 147-161, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v. 6–Direito de família**. Saraiva Educação SA, 2018.

JOSÉ, Marelize Augusto. Pluriparentalidade: a filiação socioafetiva à luz do princípio da afetividade. **Direito-Araranguá**, 2020.

LOBO, Paulo. **Direito Civil Volume 5-Famílias**. Saraiva Educação SA, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. GEN, Editora Forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus et al. **Curso de direito de família**. Saraiva Educação SA, 2018.

MARQUETTE, Jéssica Caroline Pafaro; GIOVANETTI, Lais. A efetivação jurídica da adoção de crianças por casais homoafetivos: aspectos constitucionais e o melhor interesse da criança. **Revista de Trabalhos Acadêmicos da FAM**, v. 6, n. 1, 2021.

MARTINS, Maria; SARMENTO, Teresa; ALVES, Sónia. Família: ontem como hoje, permanente educadora. **Gestão e Desenvolvimento**, n. 27, p. 211-228, 2019.

MELLO, André Cesar; CORDEIRO, Eros Belin. A análise crítico-comparativa da conceituação de família extraída do entendimento dos tribunais superiores e o reconhecimento jurídico das famílias paralelas. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais-REJUS ON-LINE-ISSN 2594-7702**, v. 1, n. 1, 2018.

NOBRE, Rute Pacheco; DE JESUS HONORATO, Luís Guilherme; DE AGUIAR, Denison Melo. Os efeitos jurídicos sucessórios e alimentícios da pluriparentalidade. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**, v. 2, n. 1, 2018.

OLIVEIRA, Flávia Roberta; CABRAL, Vera Lúcia. O reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade no registro civil brasileiro à luz dos princípios que regem o direito de família. **REVISTA ESMAT**, v. 13, n. 21, p. 193-214, 2021.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. A autonomia da Separação de Direito. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, v. 17, n. 2, p. 169-184, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. As entidades familiares na doutrina e jurisprudência brasileiras. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 241, 2020.

PEREIRA, Jacqueline Lopes; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; DE OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti. A multiparentalidade e seus efeitos segundo três princípios fundamentais do Direito de Família. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 2, p. 1268-1286, 2018.

POZZOLI, Lafayette; DE TOLEDO, Iara Rodrigues. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, v. 8, n. 1, p. 178-190, 2017.

PRADO, Danda. **O que é família**. Brasiliense, 2017.

QUEIROZ, Laise Guimarães; CONSALTER, Zilda Mara. Abandono afetivo inverso: responsabilidade dos filhos face a pais omissos mesmo em tempos pandêmicos. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 10, p. 78571-78589, 2020.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Novos tempos, novas famílias: da legitimidade para a afetividade. **civilistica.com**, v. 10, n. 3, p. 1-23, 2021.

SCHAID, Igor Silveira. Análise sobre a possibilidade do direito de visita na paternidade socioafetiva. **Direito-Tubarão**, 2020.

SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves; ROCHA, Leonel Severo. A constitucionalização no direito de família no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro-RECONTO**, v. 1, n. 1, p. 1-21, 2018.

SILVA, Alessandra Frei. O segredo de justiça e a publicidade dos atos processuais e administrativos no Código de Processo Civil. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 13, p. e426101321579-e426101321579, 2021.

SILVA, Ana Lúcia et al. A MULTIPARENTALIDADE E O DIREITO SUCESSÓRIO. **Revista Aletheia**, v. 1, n. 1, 2021.

SILVA, Débora de Freitas da. Análise sobre a aplicação do direito sucessório na família anaparental no ordenamento jurídico brasileiro. **Direito-Tubarão**, 2020.

SILVA, Hugo Daniel da Cunha Lança. **Cartografia do direito das famílias, crianças e adolescentes**. Sílabo, 2018.

VALÉRIO, Camila Martinez Burgardt; DE MORAIS CAPELARI, Elaine Cristina. O direito de família no século xxi e seus desafios advindos da proeminência do princípio da afetividade. **Revista Direito Vivo**, v. 10, n. 1, p. 111-134, 2019.

VILASBOAS, Luana Cavalcante. O novo conceito de família e sua desbiologização no direito brasileiro. **Revista Artigos. Com**, v. 13, p. e2864-e2864, 2020.

OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E O ACESSO À JUSTIÇA

BEATRIZ GURGEL REIS:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro.¹⁹⁰

RESUMO: O presente trabalho científico, tem por escopo fazer uma análise abrangente acerca dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista cada um de seus princípios orientadores elencados na Lei 9099/95, partindo da atual concepção de acesso à justiça que se cria pela premissa de que todo cidadão tem a oportunidade de recorrer ao poder judiciário, independentemente de sua situação e classe econômica para buscar solução de conflitos de uma forma simplificada, célere e justa.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados Especiais Cíveis. Acesso à Justiça. Solução de Conflitos. Célere.

ABSTRACT: This scientific work, is to make a comprehensive analysis scope about civilspecial courts, with a view to each one of its guiding principles laboratories listed in Law 9099/95, starting from the current design of access to justice that it creates the premise that every citizen has the opportunity to appeal to the judiciary, regardless of their situation and economic class to seek the solution of conflicts in a simplified manner, speedy and fair

KEYWORDS Special Civil Court. Access to justice. Conflict Resolution. Rapid.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os Juizados Especiais Cíveis. 3. Princípios Norteadores da Lei 9099/95: 3.1 Princípio da Oralidade; 3.2 Princípio da Simplicidade; 3.3 Princípio da Informalidade; 3.4 Princípio da Economia Processual; 3.5. Princípio da Celeridade. 4. O Procedimento nos Juizados Especiais Cíveis: 4.1 Do Pedido; 4.2 Da Citação e Intimação; 4.3 Audiência de Conciliação e Julgamento; 4.4 Sentença. 5. O Objetivo dos Juizados Especiais e o Acesso à Justiça. 6. Os Princípios na Perspectiva da Efetividade dos Juizados Especiais Cíveis. 7. Conclusão. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) ao que se refere ao Acesso à Justiça e seus princípios norteadores. Diante dessa realidade, os Juizados de Pequenas Causas que nasceram antes mesmo da Constituição de 1988, caíram na preferência dos cidadãos, que rapidamente associaram a solução de seus problemas, levando-os a prestação jurisdicional. Seus preceitos orientadores são mantidos até hoje pelos atuais Juizados Especiais Cíveis.

190 E-mail: beatrizzgurgell@gmail.com

Dessa forma, o ingresso à justiça é estudado nesta tese através de obras escritas sobre os Juizados Especiais, nascidos a partir da Constituição de 1988 e regulamentados pela Lei 9.099/95 como prática que objetiva minimizar os problemas sofridos, principalmente pelos cidadãos mais pobres, através de acesso rápido e barato, resguardados em princípios modernos como forma de solução de disputas através da regulamentação da conciliação, da rapidez processual e principalmente no fato de proporcionar seu acesso sem ou com necessidade de assistência de advogado, podendo sua reclamação ser tomada a termo por qualquer servidor da justiça.

A pesquisa é bibliográfica e descritiva e será conduzida por métodos analíticos com um conjunto de abordagens, técnicas e processos utilizados para formular problemas de aquisição objetiva do conhecimento, de uma maneira sistemática.

As novidades procedimentais transportadas por esta justiça especializada, mesmo que atualmente encontre-se também cheia de processos, ainda é um diferencial aos feitos que tramitem diante da justiça comum, transformando-se no canal concreto e efetivo da prestação jurisdicional.

Quanto aos princípios, dos quais falaremos mais detalhadamente, teoricamente, são pilares para concretização da eficácia dos juizados. Dessa forma, pode-se dizer que a finalidade dos juizados é dar mais agilidade aos procedimentos judiciais, simplificando e tornando seus atos mais informais e menos onerosos possíveis às partes, partindo do pressuposto de que se resolvendo a demanda no juizado especial, contribui para que menos se demande na justiça comum.

2 OS JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS

Os Juizados Especiais Cíveis surgiram no Brasil através da Lei 9.099/95, em 26/09/95, substituindo a Lei 7.244/84, que instituía os Juizados de Pequenas Causas, que tinha por objetivo a solução de litígios entre o cidadão e o Estado. A Lei 9099/95, expandiu a atuação dos Juizados, que passaram a ser denominados Juizados Especiais de Causas de Menor Complexidade, tendo o valor monetário elevado para quarenta salários-mínimos.

Os Juizados foram criados com o objetivo principal de realizar julgamentos de causas de menor complexidade, sempre buscando o acordo entre as partes e devendo os processos atenderem a princípios básicos como: oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, como dito anteriormente. Os Juizados têm como objetivo as causas menos complexas, não tendo competência para julgar todo tipo de causa, tendo como base o imposto no Art. 3º da Lei 9099/95, que expõe:

Art. 3º - O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade,

assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário-mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. § 1º - Compete ao Juizado Especial promover a execução: I - dos seus julgados; II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 9º desta lei. § 2º - Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. § 3º - A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito.

É notório que o Juizado Especial, assume grande importância para o acesso à justiça, abrangendo as camadas mais desamparadas da sociedade, lhes dando oportunidade de resolução de seus litígios de uma forma simples e célere, não se fazendo necessária a presença de advogado dependendo da complexidade e do valor da causa.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI 9099/95

Por mais simples que um ato processual seja, é necessário que se sigam princípios norteadores. A Lei do Juizados Especiais inovou em relação a meios e formas para resolução de conflitos.

Sistema de Juizados Especiais vêm a ser, portanto, um conjunto de regras e princípios que fixam, disciplinam e regulam um novo método de processar as causas cíveis de menor complexidade e as infrações penais de menor potencial ofensivo. Um a nova Justiça marcada pela oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual para conciliar, processar, julgar e executar, com regras e preceitos próprios e, também, com uma estrutura peculiar, Juízes togados e leigos, Conciliadores, Juizados Adjuntos, Juizados Itinerantes, Turmas Recursais, Turmas de Uniformização. (TOURINHO NETO & FIGUEIRA JR, 2005, p.47).

Os princípios do Juizado estão citados no Art. 2º da Lei 9099/95, que diz: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação".

3.1 Princípio da Oralidade

Princípio em que se prioriza a palavra falada, se buscando mais interação entre as partes durante todo rito processual, isto não quer dizer que o processo será somente falado, mas será mais célere e reduzido, diminuindo o tempo de duração do processo como um todo, um dos exemplos da importância deste princípio é a realização de audiência de Instrução e Julgamento, caso não haja acordo entre as partes em audiência de conciliação, o que proporciona uma interação direta entre O Juiz e as partes:

A oralidade, sem dúvida, contribui não apenas para acelerar o ritmo do processo, como ainda para obter-se uma resposta muito mais fiel à realidade. O contato direto com os sujeitos do conflito, com aprovação e com as nuances do caso permitem ao magistrado apreender de forma muito mais completa a realidade vivida, possibilitando-lhe adotar visão mais ampla da controvérsia e decidir de maneira mais adequada. Essa característica, especialmente quando observada do ponto de vista dos temas que são levados aos juizados especiais (geralmente caracterizados por conflitos de vizinhança, litígios de pequenas proporções especialmente, questões de pessoas mais carentes), mostra-se de sensível importância. (MARINONI, ARENHART, 2004, p.742).

As palavras transcritas acima resumem de maneira esplendida um dos grandes objetivos do princípio da oralidade, a necessidade de aproximação entre o magistrado e as partes no processo, possibilitando que o mesmo possa ver e analisar de uma forma completa o teor do processo, o que é de suma importância, pois a maioria dos processos e litígios se trata de questões minuciosas que necessitam de maior atenção ao se julgar.

Como exemplos destes princípios, temos a possibilidade de outorga de procuração oral ao advogado e a possibilidade de se fazer o pedido inicial, apresentar contestação e pedido contraposto de forma oral, entre outros, todos elencados na Lei 9099/95.

o princípio da oralidade aparece como norteador geral do processo civil com maior ou menor intensidade, dependendo do tipo da lide, tal qual como posta pelo sistema à apreciação do Estado Juiz. Todavia, no processo comum, pelas suas próprias características, a oralidade não insegura ser erigida ao seu ponto máximo, enquanto no processo especializado. consegue ser erigida ao seu ponto máximo, enquanto no processo especializado possibilidade aumenta de sobremaneira, como podemos verificar, por exemplo, nos seguintes dispositivos da Lei nº 9.099/95: artigo 13, §§ 2º e 3º, artigo 14, artigo 17, artigo 19, artigo 21, artigo 24, § 1º, artigo 28, artigo 29 e artigo 30 (Figueira Junior; Lopes, 1995, p. 48).

O princípio da oralidade apresenta grandes vantagens: primeiramente objetiva tornar o procedimento mais ágil, possibilitando que nas audiências se reduza a termo apenas o essencial ao processo. Outra grande vantagem é de ordem psicológica, pois as partes têm a impressão, ao pronunciar-se diante do magistrado, de exercitar, elas mesmas, uma influência decisiva no deslinde da demanda, e, em contrapartida, no melhoramento da imagem do judiciário perante os jurisdicionados.

Destaque-se ademais que ao permitir-se às partes que se manifestem livremente, facilita-se a conciliação, propiciando uma maior aceitação das situações em razão das decisões serem obtidas por mútuo consenso. A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. (Cappelletti; Garth, 1988, p.93).

Ao permitir-se às partes um contato mais direto com o magistrado, colabora-se para a redução dos conflitos não jurisdicionáveis, pois as partes sentem-se mais à vontade para exporem seus problemas.

3.2 Princípio da Simplicidade

Estabelece que o Processo deve ser o mais simples possível, não se exigindo a mesma complexidade da Justiça comum, podendo haver dispensa de alguns requisitos desde que não se prejudique nenhuma das partes. O Processo deve correr de forma simples e eficaz, não sendo protelado por qualquer fórmula mais complicada, se privilegiando a rapidez e a simplicidade de todo o rito processual.

O Juizado Especial tem por escopo a compreensão da atividade judicial, por parte dos cidadãos, de modo a aproximá-lo do Poder Judiciário. Para tanto, o procedimento é simplificado, sem maiores formalidades, e compreendido facilmente pelas partes. (ARENHART, 2001, p. 654).

As palavras acima resumem de uma forma eficaz o princípio da simplicidade e o seu objetivo de tornar o procedimento processual mais simples e de fácil entendimento a todos os envolvidos no processo.

Pela adoção do princípio da simplicidade ou simplificação, pretende-se diminuir tanto quanto possível a massa dos materiais que são juntados aos autos do processo sem que se prejudique o resultado da prestação jurisdicional, reunindo apenas os essenciais num todo harmônico. Tem-se: tarefa de simplificar à aplicação do direito abstrato aos casos concretos, quer na quantidade, quer na qualidade dos meios empregados para solução da lide, sem burocracia (MIRABETE, 1996, p. 9).

Um exemplo desta simplicidade no que envolve o processo nos Juizados é a exordial e a peça contestatória, que devem ser redigidas de uma forma objetiva e simples, permitindo assim uma decisão mais clara em sentença, visto que nos Juizados a mesma deve ser bem simplificada como prevê o Artigo 38 da Lei 9099/95: "A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorrido em audiência, dispensado o relatório".

3.3 Princípio da Informalidade

Nos juizados tramitam processos de menor complexidade, tendo como objetivo uma solução rápida e eficaz para um litígio, sendo assim é necessário que haja um certo desapego de formalidade para tornar o procedimento ainda mais simples, econômico e efetivo, como exemplo deste ato mais informal, podemos citar que a parte pode ajuizar uma ação sem a assistência de advogado desde que o valor da causa não ultrapasse os 20 salários-mínimos.

Essa nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem da guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta de proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar a liberação da indesejável litigiosidade contida. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil na ampliação do acesso à ordem jurídica justa. (TOURINHO NETO, 2005, p. 40)

Como descrito no texto acima, vemos a importância deste princípio tendo em vista o objetivo do Juizado em atender todos os cidadãos, principalmente aqueles mais necessitados, que por muitas vezes procuram uma forma simples, célere e econômica de obter justiça.

A informalidade, não pode ser entendida como uma justiça de "segunda classe", quando se trata da informalidade, que não é uma questão de prestígio ou redução da prestação jurisdicional, mas uma ferramenta mais célere para a solução de conflitos sociais.

Os Juizados Especiais sugerem um modelo que atendam às demandas de menor complexidade, para as quais seja suficiente uma versão simplificada do processo comum, a fim de se solucionar o litígio, tendo por finalidade oferecer solução de forma rápida, descomplicada e a baixos custos, principalmente para os casos que envolvam pequeno valor econômico (Cunha, 1999, p. 25)

O princípio demonstra a necessidade de nova postura para todos que atuam no sistema criado pela Lei 9099/95. Por exemplo, os magistrados, devem ser mais ativos, como suporte para resolução dos litígios, maximizando assim as probabilidades de um resultado justo, para reduzir as desigualdades existentes entre as partes. Os servidores, por sua vez, devem estar preparados para prestar atendimento adequadamente àqueles que buscam os serviços jurisdicionais. E os advogados também têm suas responsabilidades, de cumprir com seu dever ético, especialmente quando a outra parte não estiver devidamente assistida, evitando linguagem rebuscada e estratégias que desequilibrem a balança da justiça.

3.4 Princípio da Economia Processual

Este princípio tem como objetivo um resultado prático e efetivo do processo utilizando o mínimo de tempo, esforço e gastos, atribuindo o máximo de efetividade aos atos processuais. O objetivo dos Juizados é a solução de litígios de forma rápida e eficiente, por isso é de suma importância a economia em relação as atividades processuais para que se chegue ao fim do processo o mais breve possível, atingindo o melhor resultado com o menor esforço empregado pelo sistema Judiciário.

O princípio da economia processual tem no processo especialíssimo dos Juizados Cíveis uma outra conotação, relacionada com a gratuidade do acesso ao primeiro grau de jurisdição, em que fica isento o demandante do pagamento de custas, e com facultatividade de assistência das partes por advogado, que dizem, à evidência, com o barateamento de custos aos litigantes fundamentado na economia de despesas, que, com a de tempo e a de atos (a economia no processo, enfim), constitui uma das maiores preocupações e conquistas do Direito Processual Civil moderno. (Rogério Laura Tucci, 1996, p.39).

Pode-se observar que além do conceito de mais efetividade no processo com o mínimo de tempo, vemos uma outra perspectiva em relação a este princípio. Este visa à redução dos custos no processo, para que haja um irrestrito acesso ao Judiciário, o que é direito de todo cidadão.

Os Juizados Especiais Cíveis têm como um de seus objetivos oferecer uma justiça mais acessível as classes menos favorecidas e com isso permite que se ajuízem demandas de pequeno valor econômico, oferecendo ao cidadão uma oportunidade econômica para solução de seus litígios, exercendo assim o outro sentido do princípio da economia processual.

O princípio da economia processual visa a obtenção do máximo rendimento da lei com o mínimo de atos processuais. Já o princípio

da gratuidade estabelece que, da propositura da ação até o julgamento pelo juiz singular, em regra as partes estão dispensadas do pagamento de custas, taxas ou despesas. O juiz, porém, condenará o vencido ao pagamento das custas e honorários advocatícios no caso de litigância de má-fé (arts. 54 e 55 da Lei 9.099/95). (Ricardo Cunha Chimenti 2005, p.13).

Portanto conclui-se que a economia processual tem como objetivo não só utilizar o mínimo de atos processuais possíveis para solução do litígio, mas também o de oferecer uma justiça econômica em seus custos, a fim de torná-la acessível, simples e irrestrita no que tange as pessoas menos favorecidas.

Perante o rito imposto pela lei especial, é essencial a observância do princípio da economia processual, sendo que feitos que não se coadunem com os princípios insculpidos na norma devem obrigatoriamente ser remetidos à Justiça comum.

Não se pode olvidar que um dos objetivos dos Juizados Especiais Cíveis é que as demandas sejam rápidas e eficientes na solução dos conflitos, devendo ser simples no seu tramitar, informais nos seus atos e termos, bem como econômicas e compactas na consecução das atividades processuais. Destaque-se que o termo adotado para o procedimento estabelecido na Lei n.º 9.099/95 não é sumário, e sim sumaríssimo, isto é, um rito extremamente rápido.

3.5 Princípio da Celeridade

De acordo com este princípio o processo deve ter uma solução rápida, demorando o mínimo possível, sempre respeitando os prazos processuais. Só é possível a concretização da celeridade quando todos os outros princípios são executados de forma correta em harmonia, afinal todos tem como objetivo final a celeridade do ato processual.

Podemos observar este princípio quando vemos a possibilidade de realização de Audiência de instrução logo quando não se concretiza acordo em conciliação ou quando o Juiz decide que o processo seja concluso para sentença sem necessidade de audiência instrutória, entre outros fatores que tornam procedimento no Juizado mais célere.

A celeridade, no sentido de se realizar a prestação jurisdicional com rapidez e presteza, sem prejuízo da segurança da decisão. A preocupação do legislador com a celeridade processual é bastante compreensível, pois está intimamente ligada à própria razão da instituição dos órgãos especiais, criados como alternativa à problemática realidade dos órgãos da Justiça comum, entevada por toda sorte de deficiências e imperfeições, que obstaculizam a boa

fluência da jurisdição. A essência do processo especial reside na dinamização da prestação jurisdicional, daí por que todos os outros princípios informativos guardam estreita relação com a celeridade processual, que, em última análise, é objetivada como meta principal do processo especial, por representar o elemento que mais o diferencia do processo tradicional, aos olhos do jurisdicionado. A redução e simplificação dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, concentração dos atos, tudo, enfim, foi disciplinado com a intenção de imprimir maior celeridade ao processo. (BONAVIDES, 2006, p.6).

O princípio da celeridade é o mais importante dentre os outros da lei 9099/95, justamente pelo fato de representar a somatória de todos os demais, a rapidez processual exigida em relação ao procedimento do juizado depende da harmonia em que estes princípios trabalham juntos.

Não se pode esquecer que é preciso cautela quando se defende processos céleres, pois há de ser considerado que a atividade jurisdicional tem por fim pacificar os espíritos dos litigantes e neste contexto não seriam admitidos erros nas decisões a serem justificados pela rapidez destas. Celeridade é essencial para que as partes acabem com as animosidades surgidas com a lide, entretanto, mais importante para a sociedade certamente é, não apenas segurança, mas justiça e correção nas decisões.

4 O PROCEDIMENTO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A escolha do juizado especial é escolha do Autor, que será beneficiado pela união de seus princípios, onde o Requerido não terá qualquer viabilidade de se opor a escolha tomada pela parte Requerente, a não ser por exceção de Incompetência.

Abaixo veremos as vantagens e desvantagens que o autor terá com a escolha do juízo especial:

Vejamos então as possíveis vantagens: 1ª) princípio da oralidade em grau máximo (simplicidade, informalidade, rapidez e efetividade do processo); 2ª) inexistência de sucumbências em primeiro grau de jurisdição; 3ª) possibilidade de postular em juízo desacompanhado de advogado, nas causas valoradas até vinte salários mínimos; 4ª) opção pela arbitragem durante o processo já instaurado; 5ª) cognição restrita a certas matérias, no plano horizontal (amplitude) e cognição ampla no plano vertical (profundidade); 6ª) impossibilidade jurídica de intervenção de terceiros de declaratória incidental; 7ª) grande possibilidade de ser o processo concluído num único ato; 8ª)

sentenças e acórdãos concisos; 9º) sistema recursal reduzido, hábil em facilitar a efetivação do processo (rapidez).

As possíveis desvantagens: 1ª) polêmicas e incertezas criadas por alguns operadores do Direito a respeito da aplicação dos institutos da tutela antecipatória e acautelatória ao sistema dos Juizados Especiais; 2ª) não utilização dos ritos especiais diversificados previstos no CPC ou em leis extravagantes os quais viabilizam tutela diferenciada; 3ª) renúncia a crédito excedente a quarenta vezes ao salário mínimo; 4ª) restrição à prova pericial e ao número de testemunhas; 5ª) em geral, redução dos prazos para prática de atos processuais; 6ª) possibilidade de se verificar a extinção do processo por complexidade da matéria probatória, inadequação procedimental ou necessidade de prosseguimento com citação editalícia; 7ª) possibilidade de as audiências virem a ser presididas por conciliadores não bacharéis ou por juízes não togados; 8ª) inexistência de fase de alegações finais; 9ª) sistema recursal reduzido; 10ª) limitação ao duplo grau de jurisdição (envio das, decisões para os Colégios Recursais como segunda e última instância); 11ª) descabimento de ação rescisória (FIGUEIRA JUNIOR 2005, p. 88)

O Autor ao fazer a escolha pelo Juizado Especial estará optando por um procedimento sumaríssimo, com referência aos princípios norteadores.

Note-se que o procedimento estabelecido na Lei 9.099/1995, como dissemos, não é sumário, mas, sim, sumaríssimo - como fez questão de ressaltar o constituinte de 1988 - isto é, um rito extremamente sumário, cujas características são a rapidez, a simplicidade, a informalidade, concentração dos atos e a economia processual. Em outros termos, um processo fundado na oralidade em grau máximo. Com o advento da Lei 8.952/1994, parece que, finalmente, conseguimos chegar a uma boa técnica procedimental e terminológica, o procedimento sumário, previsto no art. 272 c/c 275 do CPC, e o sumaríssimo regulado nesta lei especial, cuja distinção entre ambos é, sem dúvida, flagrante. (FIGUEIRA JUNIOR 2005, p.74)

Claro que a escolha caberá ao Autor que avaliará o melhor juízo para a impetração de sua demanda, podendo até se for o caso renunciar o valor excedente cabível na Competência dos Juizados Especiais com a finalidade da obtenção de um processo mais célere e a satisfação de seu direito num curto tempo e sem tantas formalidades.

4.1 Do pedido

O pedido dentro dos Juizados Especiais será admitido digitado ou manuscrito pelo interessado, podendo ser reduzido a termo junto ao setor de ajuizamento do Juizado Especial, possibilitando com isso um maior Acesso à Justiça para as pessoas carentes tanto financeiramente como juridicamente.

De uma forma geral, o que constatamos nacionalmente é a facilitação normativa e fática do acesso à Justiça e, a cada dia que passa, tem-se a sensação de que a notícia da "boa nova" se espalha, e cada vez mais o jurisdicionado, em particular as camadas mais carentes da comunidade, tem acorrido às secretarias dos Juizados para formularem seus requerimentos, simples e informais. (FIGUEIRA JUNIOR 2005, p.172)

O artigo 14 da Lei 9.099 de 1995 ordena os requisitos do pedido, que deverão obedecer a uma linguagem clara, simples e acessível, constando o nome, a qualificação, endereço das partes, os fatos e fundamentos de forma sucinta, o objeto e seu valor, sendo lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar a extensão da obrigação.

No caso de pedidos alternativos e cumulados, deverão satisfazer os requisitos da Competência dos Juizados Especiais e sua soma não poderá exceder o limite de quarenta salários-mínimos e ultrapassando os vinte salários-mínimos deverá ser acompanhado de advogado.

O Autor que procurar a Secretaria do Juizado Especial para formular seu pedido, sairá intimado para a audiência de Conciliação que será designada no próprio ato pelo servidor judicial. Situações raras podem ocorrer no caso de ambas as partes procurarem o Juizado Especial na tentativa de uma composição, será instaurada sessão de Conciliação, dispensando o registro de prévio pedido e citação e no caso de existir pedido contraposto poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença.

4.2 Da citação e intimação

Nos entendimentos de Humberto Theodoro Júnior (2014, p.550) as citações no Juizado Especial são normalmente realizadas por via postal: correspondência, com aviso de recebimento em mão própria.

Objetivando a celeridade do processo, a Lei dos Juizados Especiais estabeleceu a realização da citação por correspondência, com aviso de recebimento em mãos próprias para as pessoas físicas e com relação as pessoas jurídicas ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, conforme disposto no artigo 18 da mencionada lei.

A citação por oficial de justiça será admitida quando infrutífera possibilidade de procedência por correia, incidindo a sua realização sobre pagamento das diligências do oficial da justiça.

A citação do demandado é obrigatória, já que caracteriza elemento imprescindível para o exercício da ampla defesa consagrada na CF. Ninguém pode ser julgado sem que lhe seja dada oportunidade de ser ouvido. (CHIMENTI, 2012, p.172).

No Juizado Especial Cível é inadmissível a citação editalícia, ocorrendo a sua necessitada serão remetidos os autos à redistribuição para uma Vara Cível, possibilitando a economia das peças e atos praticados anteriormente.

No que se refere às intimações, o artigo 19 da Lei 9.099 apregoa a similitude aos atos praticados para a citação, acrescentando também a possibilidade de realização por qualquer meio idôneo de comunicação.

4.3 Audiência de Conciliação e Julgamento

A Conciliação é vista por Chimenti (2012, p.194) como uma vantagem recíproca das partes, obtendo soluções que muitas vezes a própria sentença de mérito não poderia trazer, trazendo como exemplo aqueles casos em que as pessoas desejam solucionar uma dívida, mas só conseguem fazê-lo mediante o parcelamento de débitos, os quais são presenciados frequentemente nas tentativas de Conciliação.

A audiência de Conciliação é expressamente prevista na Lei dos Juizados Especiais, disposta nos artigos 21 e 22:

Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no §3º do art. 3º desta Lei. Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

A audiência de Conciliação será presidida pelo Juiz togado ou leigo ou por Conciliador que orientará as partes sobre as vantagens da Conciliação. Obtendo composição, o mediador reduzirá o acordo que será posteriormente homologado pelo Juiz togado, incidindo efeitos de título executivo.

Não comparecendo o demandado à audiência de Conciliação ou instrução e deixando de apresentar defesa, embora devidamente citado ou intimado para o ato, será

aplicada a pena de revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados na inicial, conforme disposto no artigo 20 da Lei Especial. Ainda que sejam presumidos verdadeiros os fatos alegados na inicial, André Melo (2000, p.31) ressalta que "a presunção de verdade não é absoluta, podendo o juiz julgar o pedido improcedente" seja pela falta de provas produzidas pelo autor ou por dados contidos no processo.

Um bom momento para a apresentação da resposta do réu é ao final da audiência de Conciliação, a qual poderá ser oral ou escrita, contendo toda a matéria de defesa. Porém, é defeso a arguição de suspeição ou impedimento que deverá se processar em peça apartada.

Não obtida a composição amigável e tampouco tendo havido opção pelo juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa. Não sendo possível sua realização imediata, será a audiência designada para um dos quinze dias subsequentes, cientes desde logo, as partes e testemunhas eventualmente presentes. Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as testemunhas que deverão ser arroladas no prazo de cinco dias antes da audiência e depoimentos pessoais, sendo o ato presidido tanto pelo juiz togado como pelo Juiz Leigo.

4.4 Sentença

Encerrada a audiência de instrução e julgamento, tem-se o início da fase de julgamento e publicação da sentença, o que no entendimento de Figueira a sentença atinge um fim único, específico e muito nobre, qual seja, o de fazer Justiça no caso concreto, extinguindo a lide através do dispositivo de acolhimento ou de rejeição do pedido.

Ao analisar os dispositivos legais que convergem a matéria, representados pelos artigos 38 a 46 extrai-se várias particularidades no âmbito do Juizado Especial Cível, sendo a primeira delas a dispensa de relatório na sentença, buscando com isso a celeridade processual. Advém, ainda, a inviabilidade de sentenças condenatórias por quantia ilíquida, ainda que em pedido genérico, tendo em vista que poderá a parte de imediato requerer a execução da sentença, sem que passe por uma desgastante liquidação de sentença presente no Juízo Comum.

O artigo 39 estabelece a ineficácia da sentença quando exceder a alçada estabelecida pela Lei, mas no entendimento de André Melo (2000. p.38) nada impede que a sentença nos Juizados Especiais exceda o valor de quarenta salários-mínimos, mas o excesso não terá força de execução.

Nos casos de sentenças proferidas por Juizes leigos, serão submetidas à apreciação do Juiz togado que poderá proferir nova sentença ou homologará de imediato a decisão.

5 O OBJETIVO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Para o efetivo acesso à ordem jurídica justa, se faz necessária a implementação de um sistema jurídico e judiciário coerente, harmônico simplificado, direcionado para a resolução segura e rápida do conflito de interesses. Dentro desse pensamento é que se pode compreender o surgimento dos Juizados Especiais como meio para obter um Acesso à Justiça mais equânime e com o desígnio de alcançar uma ordem jurídica justa.

O acesso à justiça insere-se entre as grandes preocupações da sociedade contemporânea. A partir do enfoque jurídico, notadamente do processo civil como instrumento de resolução de conflitos, avulta a repercussão política e social do tema, essencial no esquema mais amplo da democracia e do Estado Social de Direito (ABREU, 2008, p. 31).

O Juizado Especial Cível foi criado com o objetivo de tentar solucionar o problema da demora na prestação jurisdicional, gerado principalmente pelo número exacerbado de demandas e pela aplicação de regras processuais que prolongam a duração de um processo. Assim, com base no princípio da celeridade, a Lei nº 9099/95, Lei que rege o Juizado Especial Cível, buscou introduzir novas regras que buscam agilizar o mecanismo processual, visando fornecer ao cidadão uma rápida resposta aos seus conflitos de interesses.

A criação do Juizado Especial Cível, no ano de 1995, dessa forma, representou uma tentativa de simplificar o procedimento e fornecer uma resposta rápida aos conflitos menos complexos.

Assim, pode-se dizer que o Juizado Especial Cível é um órgão da Justiça, regido pela Lei nº 9.099/95, que foram implantados com o objetivo de fornecer solução rápida às demandas mais simples, apresentando uma nova proposta de procedimento para tratar esses tipos de conflitos.

Nessa esteira que os Juizados Especiais foram apresentados ao mundo jurídico na busca por uma justiça mais democrática, usando para isso procedimentos mais simplificados, e mecanismos reformadores do direito processualístico brasileiro, adotando a Conciliação como principal objetivo para a solução dos conflitos.

Desta forma, entende-se que os Juizados Especiais Cíveis atendem as finalidades para as quais foi criado, objetivando sempre que possível a Conciliação e buscando uma Justiça mais célere, simplificada e econômica, possibilitando as partes um tratamento equânime.

6 OS PRINCÍPIOS NA PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DOS

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Na atualizada, muito se fala na efetividade e acesso à justiça no contexto dos juizados especiais cíveis, considerando que sua criação se deu com o objetivo de promover a facilitação do acesso na esfera jurisdicional.

Os juizados têm caráter instrumentalista, pois as ações impetradas e julgadas no âmbito deste são consideradas como instrumentos dotados de celeridade, tornando eficiente a realização do direito material, considerando a jurisdição como uma forma de atividade garantidora dos princípios constitucionais, entre eles a isonomia, o contraditório e a ampla defesa. Os juizados especiais cíveis possuem a grande importância em garantir as partes um processo em contraditório à medida que proporciona a estas uma forma de participação mais efetiva em todos os procedimentos e na preparação da decisão final, não se trata apenas de uma busca de justiça célere deve-se promover uma efetiva justiça dentro de um Estado Democrático de direito. Sendo assim já dizia o ilustre mestre:

“Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas conscientemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito” (HABERMAS, 1997, 2004, p. 127).

As palavras do nobre autor expressam que não é somente o direito a uma decisão justa e célere que se deve buscar dentro do Estado Democrático de Direito, trata-se de um conjunto de atos que irá desencadear o efetivo acesso à justiça como da ampla defesa.

O JEC foi criado para solucionar questões comuns de uma forma mais rápida e econômica. A CF o estabelece de uma forma bastante especial para que as camadas mais excluídas da sociedade alcancem seus objetivos. Desta forma, O JEC não pode ser entendido como um simples procedimento e sim como um órgão capaz de criar um Estado social, onde o exercício da cidadania é constituído por meio do acesso à justiça garantida de uma forma mais acessível a todos.

A lei 9.099/95 sucedeu a lei das pequenas causas (lei nº7.244/1984). A atual lei entrou em vigência com sua ideologia definida, a sua principal missão consistia em promover um diferencial de justiça se comparada ao judiciário tradicional, esta nova justiça tem por objetivo minimizar as angústias e desprazeres do cidadão comum em suas causas menos complexas, que antes da implantação da nova lei não eram apreciadas pela justiça comum. Talvez seja este o motivo pelo qual a CF define os juizados especiais como sendo um "paradigma do poder judiciário brasileiro"

A Constituição Federal de 1988 permite que cada Estado institua seus juizados especiais próprios com feições que se adequem ao território em que forem criados. Isso é possível para que todos os cidadãos tenham um maior acesso à justiça não somente nas grandes capitais, mais também em seus territórios e municípios fazendo com que desta forma sejam abertas todas as portas de um estado democrático de direito.

Não podemos entender que os juizados especiais apenas substituíram os juizados de pequenas causas, pois ele constitui uma nova expressão de acesso à justiça que levou à evolução e afirmação dos ditos "direitos sociais". Antes do surgimento dos juizados, os cidadãos muitas vezes deixavam de impetrar suas ações pelo descrédito que depositavam no judiciário em virtude do excesso de formalismo e demora ou mesmo para não ter que arcar com as custas e honorários processuais.

A sociedade ao longo dos anos vem se sentindo desprestigiada em relação a morosidade da justiça em solucionar conflitos. Muitas vezes se percebe que o cidadão sofre mais com o tempo de espera para solução do litígio, do que com o próprio litígio em si. Dentro desse contexto, o legislador criou os Juizados Especiais com o objetivo de dar maior celeridade e proporcionar uma forma mais simples de acesso à justiça. Este serviço vem sendo feito com firmeza, com a dedicação e trabalho de Juízes e funcionários. Com a atual sistemática da Lei 9099/95 o acesso à justiça se demonstra mais igualitário e célere.

A lei que introduziu os Juizados Especiais lhes garantiu poderes que permitam a sua real efetivação. Atualmente os Juizados são para o cidadão o meio mais fácil e eficaz de se obter justiça, abrindo as portas para a sociedade, abrindo mão de formalidades e burocracias oferecendo o acesso à Justiça de uma forma rápida e econômica.

Os Juizados Especiais Cíveis têm papel fundamental para que para que as camadas mais excluídas da sociedade alcancem seus objetivos e pretensões, através dele é garantido a sociedade uma forma de acesso à justiça muito mais acessível e eficaz.

Os Juizados especiais não vieram apenas para substituir os juizados de pequenas causas, pois ele revolucionou o conceito de acesso à justiça e dos direitos sociais. Antes de sua existência, o cidadão muitas vezes deixava de ajuizar suas ações e de ir em busca dos

seus direitos, com receio do formalismo, da demora e dos gastos que teriam para solução de suas demandas.

Dito isto, podemos dizer que o Juizado Especial cumpre seu papel ao oportunizar a qualquer cidadão o direito ao acesso à justiça.

7 CONCLUSÃO

A princípio, verificou-se que há muitos anos a sociedade buscava a Justiça privada, que era pacificada por intermédio do Estado/Jurisdição, onde cada um através do processo, instrumento processual utilizado para invocar o Poder Judiciário buscava a pacificação de seus litígios, fugindo assim da Justiça privada ou autotutela.

No entanto, verificou-se que muitas vezes a litigiosidade permanecia contida pelos cidadãos que muitas vezes não buscavam o Judiciário, visto os altos custos com advogados e atos processuais, ou pela ignorância jurídica em reconhecer o direito pretendido.

Na busca pela igualdade no tratamento e solução daquelas lides contidas pelos cidadãos, surgiu a Lei 9.099/95 que regulamentou os Juizados Especiais, permitindo que as partes dispusessem de um Procedimento mais célere e eficaz, possibilitando até mesmo o ajuizamento do processo dispensado da presença de advogado, lavrado pela própria Secretaria do Juizado Especial, isso nas causas com valor até 20 (vinte) salários-mínimos.

A dispensa dos advogados nessas ações é notoriamente discutida pelos doutrinadores, vista a desigualdade conferida quando a parte adversa comparece nos autos com advogado constituído. Contudo, se vê que os Juizados Especiais trouxeram satisfatória evolução no âmbito do Acesso à Justiça, objetivando sempre que possível a Conciliação e a Justiça mais céleres, simplificada para que população compreenda as nomenclaturas levantadas nas peças processuais econômica, possibilitando as partes um tratamento mais equânime.

Os Juizados Especiais Cíveis tiveram sua origem pautada no interesse do Estado em tutelar de forma diferenciada os direitos dos cidadãos titulares de pretensões de menor complexidade, ou seja, que necessitavam da prestação jurisdicional, mas, ao mesmo tempo, não possuíam condições pecuniárias de custear um processo na esfera civil comum.

Desta forma, o legislador, buscou criar uma lei que pudesse ser mais acessível, mais democrática e assecuratória dos direitos dos menos favorecidos economicamente e, sendo assim, sistematizou as normas da Lei 7.244/84, conhecida como Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, a qual já foi de grande valia para a facilitação da solução dos litígios de pequena monta.

No entanto, buscando aprimorar o conceito trazido pela Lei 7.244/84, legislador intentou a criação de uma lei que pudesse abranger de forma mais contemplativa as tutelas

jurisdicionais de pequena monta, tendo como mola propulsora o comando constitucional constante no artigo 98, I, o qual determinava a criação dos Juizados Especiais.

Neste diapasão, a Lei 9.099/95 veio como instrumento de pacificação social, de modo que representou para a sociedade, um mecanismo democrático de solução dos litígios, com uma proposta mais acessível aos jurisdicionados de parcas condições econômicas, ou seja, possibilitando a estes cidadãos o acesso à justiça preconizado na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV.

Aliado ao aspecto social da Lei 9.099/95, ou seja, ao seu caráter de concretização do postulado do amplo acesso à justiça, previsto constitucionalmente, o legislador pretendeu condensar o caráter de efetividade das normas contidas no bojo da Lei dos Juizados Especiais Cíveis.

Assim, buscou o legislador permear em todo o corpo da Lei 9.099/95, princípios norteadores que garantissem a efetivação de um processo mais rápido na solução dos litígios, mais econômico para as partes processuais e para o Estado, mais simples em sua forma, de modo que utilizasse procedimentos menos formalizados e predominantemente orais.

É neste contexto que a Lei 9.099/95 surge como ferramenta de essencial utilidade e mais, de adequação da prestação jurisdicional, antes eminentemente formal e engessada em aspectos demasiadamente formalizados, de modo que veio a garantir os postulados constitucionalmente previstos, veiculando o acesso à justiça a todo e qualquer cidadão de forma célere e eficaz.

Verificamos que se os princípios norteadores trabalharem unidos, se alcança o Acesso à Justiça tão buscado por todos.

O Juizado Especial, apesar do sobrecarregamento de processos vem atingindo seu objetivo ao proporcionar aos cidadãos, principalmente de baixa renda, uma Justiça célere, sem formalidades, o que faz o cidadão ver uma luz no fim do túnel, quando se trata da resolução de seus litígios de menor complexidade de forma rápida e eficaz sem a demora e burocracia encontrada quando se busca a Justiça comum.

8 REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2 ed. Florianópolis, 2008.

BEZERRA, Paulo César Santos. Acesso à justiça: um problema ético-social o plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <L9099 (planalto.gov.br)>. Acesso em 28 de abril de 2022.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania Cuiabá: EDUFMT, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLZANI, Valdir Francisco. Guia para redação do trabalho científico. Curitiba: Juruá, 2001.

Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988.

COSTA, Hélio. Lei dos juizados especiais cíveis: anotada e sua interpretação jurisprudencial. 2 ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do Direito Fundamental. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e outro. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários a lei 9.099/1995. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia Vol 1. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme e outros. Manual do Processo Civil. 5º ed. São Paulo, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais criminais: princípios e critérios. Ajuris, Porto Alegre. 1996.

MELO, André Luis Alves e outros. Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada: jurisprudência, legislação e prática. São Paulo: iglu. 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Juizados especiais cíveis e criminais. São Paulo: Saraiva, 1996.

PASOLD, César Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica: Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 3 ed., Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.

ROCHA, Felipe Borring. Juizados especiais cíveis: aspectos polêmicos da lei nº 9.099 de 26/9/1995. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer. 2001.

SCHLICHTING, Arno Melo. Teoria geral do processo. Florianópolis: Visual Books, 2002.

SICHES, Luis Recásens. Estudos da filosofia no direito. Porto Alegre: Globo, 1970. SILVA, Afonso da Silva. Curso de direito constitucional. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luis Cláudio. Os juizados especiais na doutrina e na prática forense. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. Juizados especiais federais cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da Lei nº 10.259/01. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO, Humberto Júnior. Curso de direito processual civil. 46 ed. Volume III Rio de Janeiro: Forense. 2014.

TOURINHO, Fernando da Costa Neto e outro. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à lei 9.099/1995. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUARDA COMPARTILHADA - A EFICÁCIA DA MEDIDA NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

MARYNA BRITO DIAS MACIEL:
Bacharelada em Direito pela
Universidade Estadual do Tocantins
(UNITINS) em Palmas/TO.

ODI ALEXANDER ROCHA DA SILVA¹⁹¹

(coautor)

RESUMO: Historicamente a união indissolúvel, celebrada por um sacramento, substituiu antigos costumes de poligamia, provocando grande mudança nos hábitos dos mais diferentes povos ao redor do mundo. A entidade do casamento é tão antiga que já acontecia entre os sumérios, tida como a civilização mais antiga do mundo, localizada na Mesopotâmia, e obviamente logo se pensou em maneiras de regulamentar tal prática. O famoso e mais antigo código da humanidade, o Código de Hamurábi, continha um rol composto por sessenta e sete artigos alusivos ao direito de família e que versavam sobre noivado, casamento, filhos e divórcio. Os desdobramentos a respeito das instituições familiares atravessaram o tempo e ainda se impõem sobre a sociedade contemporânea, nesse contexto a discussão passa a ser, também, sobre as consequências atreladas a uma possível desunião. Nesse diapasão, o presente artigo pretende discutir, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 13.058/2014 - Lei de Guarda Compartilhada e a sua eficácia como medida de combate à alienação parental. Realizando uma revisão bibliográfica detalhada se discutirá aqui a evolução da referida Lei e sua aplicação em contextos em que há alienação parental, o apoio do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente para atender o melhor interesse da criança e o amparo em jurisprudências pátrias a fim de endossar o debate acerca da problemática apresentada.

Palavras-Chave: Guarda Compartilhada, Alienação Parental, Lei 13.058/2014, Criança e Adolescente.

ABSTRACT: Historically, indissoluble union, celebrated by a sacrament, replaced old polygamy customs, causing a great change in the habits of different peoples around the world. The marriage entity is so old that it already happened among the Sumerians, considered to be the oldest civilization in the world, located in Mesopotamia, and obviously ways to regulate this practice were immediately thought of. The famous and oldest code of humanity, the Code of Hammurabi, contained a list composed of sixty-seven articles alluding to family law and dealing with betrothal, marriage, children and divorce. The

¹⁹¹ Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Docente na Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

developments regarding family institutions have crossed time and still impose themselves on contemporary society. In this context, the discussion is also about the consequences linked to a possible disunity. In this vein, this article intends to discuss, from the Brazilian legal system, Law 13.058/2014 - Shared Guardianship Law and its effectiveness as a measure to combat parental alienation. Carrying out a detailed bibliographical review, the evolution of the aforementioned Law and its application in contexts where there is parental alienation, the support of the ECA - Child and Adolescent Statute to meet the best interests of the child and the support of national jurisprudence in order to endorse the debate about the problem presented.

Keywords: Shared Custody, Parental Alienation, Law 13.058/2014, Child and Adolescent.

INTRODUÇÃO

A Guarda Compartilhada é um instrumento jurídico contemporâneo que foi criado na década de 60, na Inglaterra, e logo expandiu-se para toda a Europa, avançou até os Estados Unidos e Canadá e, posteriormente, ganhou espaço na América Latina. Fundamentada na Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o conceito de guarda compartilhada se estabelece como sendo o tempo de convívio com os filhos que deve ser dividido de forma equilibrada e igualitária com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

De acordo com Teixeira (2010), a guarda compõe a estrutura do poder familiar, de modo que serve para mostrar quem ficará com a companhia direta do menor¹⁹², pois, mesmo que o casal não possua mais um vínculo conjugal, a autoridade parental permanecerá intacta. A guarda é um dos atributos do poder familiar. É o instituto jurídico através do qual se atribui ao guardião ou aos guardiões um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento do menor não emancipado. Com base nessa premissa de preservação dos direitos individuais e a proteção irrestrita à dignidade humana, se pensa a guarda compartilhada como um direito do menor em poder manter os laços familiares com as duas partes, mesmo em situação de conflito jurídico.

No que diz respeito ao poder familiar, de fato, ambos os pais são responsáveis pela criação dos filhos. Entretanto, quando se considera a questão da responsabilidade pela guarda em havendo situação de conflito, tal responsabilidade pode ser exercida por ambos os cônjuges ou por apenas um deles.

¹⁹² Para efeitos legais, considera-se menor de idade o indivíduo que, segundo o ECA, possui até 12 anos incompletos. Já entre 12 e 18 anos são adolescentes. A lei define que esta faixa etária tem direito à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; e do direito à guarda, à tutela e à adoção.

A bem da verdade, o instituto da guarda é um instrumento jurídico de singular complexidade. Múltiplos fatores precisam ser levados em consideração nesse contexto. Muitos desses fatores, é preciso que se diga, estão relacionados a um conceito, a guarda, o que precisa sintetizá-los em todas as suas dimensões. Nesta linha de raciocínio, Bittencourt (1985) afirma que "conceituar a guarda de filhos não é tarefa fácil".

O compartilhamento da guarda dos filhos é um dos resultados de uma série de evoluções sociais no mundo ocidental; entre outras questões, ele se traduz na evolução de duas grandes alterações de paradigmas: o princípio da igualdade entre homens e mulheres e o reconhecimento da condição plena de sujeitos de direito a crianças e adolescentes.

Dessarte, ainda que, em tese, a guarda compartilhada seja o modelo ideal de guarda de menores filhos de pais separados – e por isso é o modelo preferencial no sistema legal brasileiro desde a edição da Lei n. 11.698/08 – na prática, ela depende de alguns requisitos para ser aplicada e de fato cumprir seu objetivo que é garantir que o melhor interesse da criança seja atendido.

2. PANORAMA HISTÓRICO E JURÍDICO DO PODER FAMILIAR

As organizações familiares sofreram alterações de formato ao longo do tempo. Transformações econômicas e sociais são alguns dos fatores geradores de mudança a depender do povo e de sua cultura. De acordo com Pimenta, Mello e Almeida (2021), o "poder familiar" representa o antigo pátrio poder, que, quando se retoma o direito romano, significa um direito absoluto e ilimitado conferido ao líder da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. Segundo o professor Carlos Roberto Gonçalves (2011), o termo refere-se a um "conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

Embora a configuração familiar tenha se remodelado no decorrer das gerações, uma característica que perdurou até a contemporaneidade foi o poder familiar atribuído ao patriarca. Na legislação brasileira, o poder patriarcal esteve presente até a Constituição Federal de 1989. A partir de sua promulgação os direitos civis de homens e mulheres começaram a ser pareados, inclusive dentro do casamento e na formação das famílias. Mas, foi somente com a publicação do Código Civil de 2002 é que foi estabelecida por lei a igualdade dos direitos entre homens e mulheres e o dever de ambos para o exercício do poder familiar.

Historicamente o ordenamento jurídico brasileiro constituiu muitas de suas normas baseadas no poder econômico e social do patriarca. Segundo Marise Corrêa (2009, p. 37), "a mulher no Direito ou o lugar dado pelo Direito à mulher sempre foi um não-lugar", isso porque no processo de estabelecimento e estruturação das leis brasileiras, as mulheres foram historicamente colocadas em segundo plano.

Com a evolução dos institutos jurídicos, promovendo a igualdade de gênero e de poder familiar, houve a ruptura de uma resistência secular do conservadorismo e da influência religiosa, permitindo aos cônjuges decidir livremente a respeito do laço conjugal e da distribuição de responsabilidades e de poder nas relações familiares:

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, 1988).

Para tanto, se observa que a própria CRFB/88 se encarregou de evidenciar no artigo 5º, inciso I, que a função para o exercício familiar deve ser obrigatoriamente partilhada entre os pais, em razão de não haver distinção entre homens e mulheres perante a lei.

3. ALIENAÇÃO PARENTAL: UM CONTRAPONTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Segundo Pereira (2022), os princípios norteadores do Direito de Família são o da Igualdade dos Cônjuges, Pluralismo das Entidades Familiares, Solidariedade Familiar, Paternidade Responsável, Igualdade de Filiação, Melhor Interesse da Criança e da Prioridade ao Atendimento da Criança. Contudo, para a presente discussão, o princípio mais pertinente é aquele que versa sobre o atendimento do melhor interesse da criança, voltado particularmente para os processos de guarda de filhos menores.

Nesse contexto, a separação familiar altera a vida das crianças e dos adolescentes, e é comum que o ex-casal misture sentimentos e ressentimentos e deixe de priorizar o que é melhor para os filhos, abrindo brechas para a alienação parental.

Richard Gardner é o nome do psiquiatra estadunidense que cunhou a teoria da Síndrome da Alienação Parental – SAP em 1985. A Síndrome foi definida pelo psiquiatra como um distúrbio infantil que acomete crianças e adolescentes envolvidos em situações de disputa de guarda entre os pais. Na visão de Gardner (2001), a síndrome se desenvolve a partir de programação ou lavagem cerebral realizada por um genitor – nomeado como alienador – para que a criança rejeite o outro responsável. Considerando a polêmica gerada a partir da proposição de tal tese, a proposta de Gardner difundiu-se rapidamente no Brasil e em outros países, levando alguns a pensar que a suposta síndrome havia se tornado uma epidemia em todo o mundo (Álvarez, S/D).

No Brasil, como evidenciado pela pesquisa realizada por Sousa (2010) sobre o tema, a escassez de debates e pesquisas sobre o conceito de SAP, bem como a falta de ideias sobre os transtornos da infância relacionados à disputa entre os genitores contribuiu para a naturalização do sujeito de forma acrítica. Essa situação também é consistente com a visão de que muitos casos de litígios de casamento levam ao surgimento da chamada síndrome.

Ainda nesse caminho, se verifica, principalmente após a aprovação da Lei 11.698/08 sobre guarda compartilhada, que houve um aumento do número de eventos e publicações bem como de informações veiculadas pelos diferentes meios de comunicação sobre a SAP.

A preocupação da opinião pública somada à comisseração gerada em torno do sofrimento de crianças que supostamente seriam vítimas da SAP culminou, naquele mesmo ano, na elaboração do Projeto de Lei nº. 4853/08, que teria como objetivo identificar e punir os genitores responsáveis pela alienação parental dos filhos. O projeto de lei foi sancionado em 2010, como Lei nº 12.318/10.

No Brasil, verifica-se que a SAP foi objeto de alguns estudos da psiquiatria¹⁹³, haja vista a presença de algumas pesquisas e publicações científicas dessa área sobre o assunto. Tal discussão a respeito da SAP difundiu-se, especialmente, entre os profissionais que atuam nos juízos de família.

No âmbito jurídico, a própria Constituição Federal de 1988 trata a alienação parental como uma norma principiológica e de natureza genérica. Aborda os efeitos nocivos da alienação parental em relação ao direito fundamental de convivência saudável e de afeto nas relações com o genitor no âmbito familiar:

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

Fazendo alusão à norma constitucional, a Lei 12.318 promulgada em 2010 menciona que a alienação pode ocorrer também por parte dos avós ou outros parentes, como informa a legislação pertinente, quando diz que os possíveis alienadores da pessoa que

¹⁹³ Um dos estudos que se destacou nesse período foi o artigo da pesquisadora Tamara Brockhausen, intitulado *Alienação parental: caminhos necessários*, publicado em 2012.

é guardião do menor, ou sob sua vigilância, alcançando também os casos de famílias substitutas por guarda, tutela ou adoção. Assim diz a legislação cita,

[...] considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010,)

A alienação parental afeta direitos fundamentais da criança e do adolescente, os impossibilitando de possuir uma convivência familiar salutar, prejudicando a construção de vínculo afetivo com o outro genitor dentro da organização familiar. Além de tudo, constitui abuso moral contra o menor e infringe os deveres essenciais da autoridade parental, ou que decorrem da tutela ou da guarda (BRASIL, 2010).

A lei 12.318 de 2010, estabelece critérios que vão desde o acompanhamento psicológico até a imposição de multa, ou até mesmo a perda da guarda da criança a pais que estiverem alienando os filhos. Esta lei, altera o artigo 236 da lei 8.069, do ano de 1990 e estabelece a seguinte definição para a alienação parental:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este."

Importa destacar que a lei nos informa, exemplificativamente, algumas condutas que foram criminalizadas no parágrafo único do art. 2:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I -realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II -dificultar o exercício da autoridade parental;
- III -dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV -dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V -omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI -apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII -mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, o ordenamento brasileiro estabelece que os casos de suspeita de alienação parental sejam avaliados por uma equipe multidisciplinar, pois sua comprovação tem que ser legitimada por profissionais habilitados e capacitados, tal como determina a Lei nº 12.318/2010:

Art. 5º: Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitado, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (BRASIL, 2010)

A norma supracitada elenca as garantias dos direitos da criança e do adolescente, na condição de vítima ou testemunha de alienação parental, criando mecanismos para prevenir e coibir tais atos.

Assim, em vista dos relatos acima, constata-se que a alienação parental pode ser definida como a formação psicológico da criança ou adolescente, praticado agressivamente por seus pais, membros da família ou por pessoa que obtém a custódia ou supervisão, que são obstáculos significativos para a manutenção de laços emocionais em relação aos pais.

4. GUARDA COMPARTILHADA: INSTITUTO JURÍDICO DE COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Todos os componentes da entidade familiar são afetados com a dissolução da sociedade conjugal, sendo constatado que a decisão de quem ficará com a guarda dos filhos se torna uma questão tormentosa e delicada para os pais, mas também com potencial traumático aos filhos.

Nessa conjuntura, Oliveira (2003) assinala que é muito comum confundir o interesse da criança com os dos pais nos conflitos que chegam às Varas da Família. Assim, o autor observa que os infantes são "colocados como epicentro da disputa paterna, como se fossem meros objetos numa relação de forçada convivência em que se lhes renega a posição de sujeitos de direito."

As transformações no âmbito do Direito de Família ocorridas nas últimas décadas, fizeram com que o instituto da guarda compartilhada se consolidasse como um importante mecanismo jurídico, que possibilita a defesa do direito à convivência e do melhor interesse da criança.

Dito isto, fica claro que as instituições familiares são parte fundamental da vida familiar do indivíduo em desenvolvimento, quando essa conexão é quebrada, compete ao Estado intervir para garantir a preservação dos direitos dos infantes.

A Constituição Federal de 1988 trata sobre a convivência familiar no art. 227, que diz:

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

Seguindo esta linha de raciocínio, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA prevê que a família é responsável por estabelecer o primeiro contato da criança com o meio social, cabendo a esta oferecer condições dignas de desenvolvimento para os infantes. Antevê, inclusive, que a falta de condições financeiras não exime a família de suas responsabilidades com os filhos, pois existe uma gama de políticas públicas de assistência social¹⁹⁴ capazes de desonerar parcialmente a unidade familiar e oferecer condições para sua subsistência.

Buscando preservar uma série de direitos atribuídos às crianças é que se institui o fenômeno jurídico da guarda. De maneira simples, estar sob guarda significa estar sob a responsabilidade e cuidados de alguém. A guarda é caracterizada pela presença de um genitor, que detém a responsabilidade de proteger e cuidar do menor incapaz, bem como de cumprir suas obrigações.

Nesse contexto, Rosa (2015), cita que:

“o termo “guarda”, entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo das obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante. Essa situação de guarda da coisa fica bem evidente quando tratamos no direito obrigacional. Entretanto, quando se trata de definir a “guarda” de filhos no âmbito do direito de família, surgem dificuldades significativas, já que aqui, por óbvio, a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstância que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e cuidar” (ROSA, 2015, p. 47).

A guarda, portanto, aparece não apenas como um direito, mas como um dever natural atribuído aos pais (ou tutores legais), focado no convívio com os filhos, e consiste em um pressuposto que permite a execução de todas as funções parentais que estão descritas no Código Civil que tratam sobre o poder familiar.

No tocante à legislação propriamente dita, o Código Civil de 2002 trouxe uma modalidade de guarda que era atribuída apenas a um dos genitores, de maneira que, se

¹⁹⁴. O Brasil possui vários programas sociais voltados para atender famílias em estado de vulnerabilidade. Com o objetivo de garantir o direito à proteção social para todos os indivíduos, bem como a qualidade das ações executadas através da política de Assistência Social, é que os serviços, programas, projetos e benefícios foram criados e hoje são ofertados em todo o território nacional.

estes não firmaram um acordo com relação à guarda dos filhos na ocasião da dissolução da união, essa seria devida àquele que tivesse melhores condições para manter o infante.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.698/08, houve alteração na redação dos arts. 1.583 e 1.584 do CC/02, expondo, agora, a chance da guarda ser exercida de forma compartilhada pelos pais, porém, necessitando do consenso entre as partes. Baseado nisso, o ordenamento jurídico adotou duas modalidades de guarda, perdendo, assim, o status sexista, buscando majoritariamente garantir o melhor interesse da criança.

Em vista disso, a Lei nº 11.698/2008 favoreceu em sua redação inevitabilidade de elencar elementos que promovessem o melhor convívio possível entre os filhos e genitores, entretanto subordinou esses elementos à presença do relacionamento extraconjugal pacífico entre esses pais. Com o advento da Lei nº 13.058/2014¹⁹⁵, tal vedação foi removida, baseada na necessidade de garantir a eficácia dos meios de combate à prática da alienação parental e o superior interesse da prole.

O que se percebe é que a legislação passou por um processo evolutivo quanto ao conceito de família, assim, abandonou conceitos ultrapassados e passou a considerar o interesse do menor e a necessidade de manutenção dos laços afetivos, almejando diminuir os efeitos negativos que o fim da relação entre os pais acarreta a vida dos filhos.

A Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014 revogou os incisos I, II e III do § 2º do art. 1.538 do Código Civil e, embora tenha mencionado, em seu art. 1º que “esta Lei estabelece o significado da expressão guarda compartilhada”, apenas modificou a redação do § 2º do art. 1.583 do Código Civil para: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Em sua segunda parte, o artigo 1.583, § 1º do Código Civil (2002) guarda compartilhada é conceituada como “[...] responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Assim, é notório o entendimento de que a Lei nº 13.058/2014 apenas legitimou o entendimento jurídico brasileiro a respeito da guarda não esvaziar o poder familiar de nenhum dos pais, inclusive aquele em relação ao qual a guarda não é exercida.

É importante ressaltar que, grande parte dos doutrinadores simpatiza com o entendimento de que, para repudiar os atos de alienação parental, o mais adequado seria

¹⁹⁵ A Lei 13058/2014 dispõe que a guarda dos filhos será sempre compartilhada entre os pais, salvo se um deles abrir mão de exercê-la ou não demonstrar condições para tanto.

a aplicação da modalidade compartilhada de guarda, como é possível extrair do texto de Maria Berenice Dias:

A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, a simples visitação não dá espaço. O compartilhamento da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos (DIAS, 2008, p. 26).

Isto posto, é perceptível que a ampla aplicação da Lei nº 13.058/2014, representa um dispositivo que pode dificultar a incidência da prática da alienação parental, em virtude do contato e a convivência familiar serem mantidos da forma mais semelhante possível àquela relação existente antes do término do relacionamento conjugal.

5. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RELATIVO À GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

No ordenamento jurídico brasileiro existe a previsão de tipos diferentes de guarda, nesse estudo, dá-se enfoque a guarda compartilhada prevista na Lei nº 13.058/2014, conceitua a alienação parental e trata do que dispõem os principais artigos da Lei nº 12.318/2010. Em outras palavras, a Lei nº 12.318/2010 adiciona à legislação brasileira mecanismos para coibir práticas de alienação parental, em função da cautela para apurar os fatos buscando, assim, a proteção das crianças e adolescentes, bem como a continuidade dos laços familiares, tal como determina o princípio do melhor interesse da criança.

O intuito da referida lei é direcionar o debate em torno do ordenamento e entendimento jurídico sobre a guarda compartilhada, representando, assim, uma norma capaz de atenuar ou inibir os atos alienatórios praticados pelos genitores ou responsáveis pelo infante. Dessa maneira, é importante evidenciar como o entendimento jurisprudencial, acerca da lei em comento, é capaz de conferir legitimidade a discussão imposta neste artigo.

Vale ressaltar que os processos envolvendo Direito de Família, geralmente, correm em segredo de justiça, o que, por vezes, acaba comprometendo uma análise processual mais profunda. Entretanto, foi possível ter acesso a algumas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça de determinados estados brasileiros.

Na perspectiva apresentada relativa às interações entre alienação parental e guarda compartilhada, pretende-se inquirir como o sistema judiciário tem apreciado e pacificado a matéria sob o aspecto prático, por meio de seus acórdãos, analisando se essas questões

estão sendo manifestadas pelas partes e aplicadas no cotidiano com a garantia da preservação do interesse da criança e do adolescente. Destarte, vale realçar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DE DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA GUARDA DE FATO. GUARDA MATERNA. CABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja proveitosa para o infante, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, o que *inocorre in casu*, onde há intenso grau de beligerância existente entre as partes, inclusive com a existência de medida protetiva imposta, na qual o demandado está proibido de se aproximar da ora recorrente. 4. Oportunamente deverá ser realizado estudo social na casa dos litigantes, bem como avaliação psicológica nas partes envolvidas, a fim de encontrar a solução que melhor atenda os interesses da criança, que poderá ser, inclusive, a guarda compartilhada. Recurso provido (TJ-RS, 2018, online)¹⁹⁶.

Analisando a decisão, é notável que o magistrado ressalta a todo momento a importância da guarda compartilhada para as crianças, mesmo assim, elucida que a realização de um estudo social é fundamental para que a medida seja concedida em benefício do infante, adotando a medida que melhor se adequar a cada configuração familiar e às necessidades individuais de cada criança, como se pode analisar na jurisprudência a seguir:

GUARDA COMPARTILHADA. ALIENAÇÃO PARENTAL. NOVO REGIME DE GUARDA. 1. A guarda, na modalidade compartilhada (CCB 1.583, § 1º), é um direito da criança de manter a convivência cotidiana com os pais, somente podendo ser restringido ou suspenso quando houver comprovado risco à integridade física ou moral do menor (CCB 1.586), ainda que haja conflito entre os pais. **2. A alienação**

¹⁹⁶ TJ-TO. APELAÇÃO CÍVEL: AP 0005433-36.2015.827.0000. Relatora: Etelvina Maria Sampaio Felipe. 2015.

parental atestada pelo estudo psicossocial justifica a advertência prevista no art. 6º, I, da Lei 12.318/2010. 3. Incabível, na fase recursal, pedido de novo regime de guarda quando não foi postulado no juízo de origem. 4. O regime de visitas estabelecido na sentença atende ao melhor interesse do menor (TJ-DF, 2018, grifo nosso)¹⁹⁷.

Na ementa em análise, o que se desvela é o entendimento majoritário a respeito dos principais pontos de discussão dentro do procedimento de definição de guarda, neste caso, especificamente da guarda compartilhada. Assim, de acordo com o que foi elencado pelo magistrado, o procedimento inteiro gira em torno da proteção da criança envolvida em tal processo, a fim de que ela tenha resguardado todos os seus direitos e conviva em um ambiente compartilhado com ambos os genitores ou guardiões legais.

Como evidência da aplicação do regime de guarda compartilhada para cessar a prática de alienação parental, está a ementa da seguinte Apelação:

APELAÇÃO. AÇÃO DE GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL FEITA PELA AVÓ MATERNA. TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PARA GENITOR. INTERESSE DA MENOR. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. - O Estatuto da Criança do Adolescente determina quais atos são considerados alienação parental, deixando claro que estes podem ser feitos pelos genitores e por avós, afetando o desenvolvimento psicológico e social da criança. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima nominadas. ACORDA a Quarta Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, integrando a decisão a súmula de julgamento de fl. 199 (TJ-PB, 2016)¹⁹⁸.

No caso da ementa destacada acima, verifica-se que a alienação parental pode ser praticada por outros membros da unidade familiar, neste caso pelos avós da criança, quando estes repudiam o genitor que não detém a guarda do menor, a fim de dificultar o contato e convivência familiar, conforme acostado nos autos do processo em tela, em depoimento proferido pela conselheira tutelar (fl.128), a avó (apelante) apresentou

¹⁹⁷ (TJ-DF 20160110657620 - Segredo de Justiça 0009477-XX.XX.XX.XX.XX, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 01/08/2018, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/08/2018 . Pág.: 398/409)

¹⁹⁸ (APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO N.º 0002226-44.2013.815.2001. 7º Vara da Família da Comarca da Capital, Tribunal de Justiça da PB, Relator: Des João Alves da Silva, Julgado em 02/09/2016).

denúncia contra o genitor, alegando que “o mesmo visitava a criança embriagado, além da menor está mal alimentada e com piolhos”¹⁹⁹.

No relatório elaborado pela equipe multidisciplinar que acompanhou esse caso, se constatou que a denúncia contra o genitor era falsa, além disso comprovou-se a dificuldade que o genitor enfrentava para ver a filha, provocadas pela avó materna. Logo, a substituição da guarda da criança, foi a medida imposta pelo magistrado a fim de frear a prática evidente de alienação parental com o amplo consentimento da mãe.

Isto posto, após breve análise jurisprudencial sobre a interação entre alienação parental e guarda compartilhada, é notável como o § 2º do art. 1.584 do Código Civil de 2002, com as respectivas alterações introduzidas pela Lei n. 13.058/2014, preconiza a aplicação do regime de guarda compartilhada no âmbito familiar em que ocorrer a ruptura conjugal dos pais, pois ambos os genitores são aptos a exercer o poder familiar, além de minimizar a incidência de alienação parental nessas situações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção jurídica sobre a guarda compartilhada se torna cada vez mais legítima por ser um dispositivo legal que cumpre função importante dentro do Direito de Família e, de forma subsidiária, atende, também, às demandas geradas pela prática de alienação parental dentro dos processos de divisão de guarda.

Sendo assim, é imprescindível reconhecer a importância deste dispositivo como uma ferramenta prática de combate à alienação parental, acautelando o direito da criança e do adolescente e garantindo que possam conviver com ambos os genitores de forma saudável para o seu melhor desenvolvimento.

Sem embargo, a guarda compartilhada representa uma alternativa jurídica restrita à aplicabilidade da lei perante um juiz, logo, tal decisão que constata a prática de alienação parental se baseia em circunstâncias concretas, avaliadas pelo julgador e pela equipe multidisciplinar, além dos vários requisitos constitucionais e violações dos princípios de proteção ao menor.

Desta forma, torna-se bastante evidente a partir de todos os fatos narrados e defendidos, que a guarda compartilhada é medida eficaz no combate à alienação parental. Portanto, cabe, nesse caso, ao judiciário e às instituições de defesa da criança e do adolescente fomentar a aplicação de medidas que protejam o melhor interesse da criança,

¹⁹⁹ APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO N.º 0002226-44.2013.815.2001. 7º Vara da Família da Comarca da Capital, Tribunal de Justiça da PB, Relator: Des. João Alves da Silva, Julgado em 02/09/2016)

para assim garantir que a infância seja preservada e que o infante tenha vínculos parentais saudáveis e harmônicos em sua unidade familiar.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, S. P. (n.d). **¿Qué es el síndrome de alejamiento parental?** Disponível em: <http://www.sindromedealienacionparental.apadeshi.org/sindromesusana.htm>

BITTENCOURT, E. de M. **Guarda de filhos**, 3^ª ed., São Paulo: Universitária de Direito, 1985.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. **Dispõe sobre a alienação parental.**

Brasília, DF, ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZ. 2014. **Dispõe sobre o significado da expressão**

“guarda compartilhada” e sua aplicação. Brasília, DF, dez. 2014. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 04

jun. 2018.

CORRÊA, Marise Soares. **A História e o Discurso da Lei: O Discurso Antecede à História.** Tese de doutorado em História (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de pós- graduação em História, doutorado em História). Orientadora Profa. Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre, 2009, p. 37.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada.** Revista jurídica Consulex. Brasília, DF: Consulex,

2008, p. 26.

GARDNER, R. (2001). **Basic facts about the parental alienation syndrome**, 1-13. Recuperado em 05 maio 2005, de http://www.rgardner.com/refs/pas_intro.html

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: Direito de família**, v. 6, 8. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2011.

PIMENTA, R. S. E.; MELLO, R. S. V.; ALMEIDA, D. E. V. **Alienação parental e guarda compartilhada**. LIBERTAS: Rev. Ciência. Soc. Apl., Belo Horizonte, v. 11, n.1, p.169-206, jan./jul. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 4ª Edição, 2022.

SOUSA, A. M. (2010) **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/8325/6115>

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 2009. 239 p.

DIREITO DE IMAGEM DO ATLETA: (LIMITES À MÍDIA EM RELAÇÃO AO USO DA IMAGEM DO ATLETA)

ROSIMERE MARIA DA SILVA:
Bacharelanda do Curso de Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

ELOÍSA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: É de conhecimento geral que a mídia é um mecanismo forte e impulsionador de carreiras, por meio dela muitas pessoas alcançaram o topo da fama e lá se mantiveram, porém, apesar de todo esse engajamento ser bom para os famosos, ele pode trazer problemas que geralmente surgem quando os limites são ultrapassados, violando assim, os direitos da personalidade. A imagem é um dos direitos de personalidade, assegurado pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, é passível de ser objeto de negociação contratual em certos casos, sendo um instituto compreendido como a visão de alguém perante uma sociedade, podendo inclusive ser usado como ferramenta de trabalho, como é do caso de famosos que vendem sua imagem e de atletas que são expostos diariamente na mídia como objeto de publicidade decorrente de um contrato laboral pactuado anteriormente.

Palavras-chave: direito; imagem; atleta; mídia; personalidade.

ABSTRACT: It is common knowledge that the media is a strong mechanism and career booster, through it many people have reached the top of fame and have remained there, however, although all this engagement is good for the famous, it can bring problems that usually arise when the limits are exceeded, thus violating the rights of personality. The image is one of the personality rights, guaranteed by the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil, is liable to be the object of contractual negotiation in certain cases, being an institute understood as the vision of someone before a society, and can even be used as a work tool, as is the case of famous people who sell their image and athletes who are exposed daily in the media as the object of publicity arising from a previously agreed employment contract.

Key words: right; image; athlete; media; personality.

INTRODUÇÃO

É correto dizer que a imagem é a forma de unir o objeto principal, que é o esporte praticado, com a interação midiática que o praticante do esporte possui por conta de sua profissão de atleta, entretanto, muitos fazem o uso indevido da imagem do atleta,

produzindo danos que podem vir a ser reclamados pelo autor da imagem, esse uso inadequado da imagem traz consequências desastrosas para a vida pública e privada daquele que está sendo exposto, de forma a ensejar o direito de reparação, que é sempre devida ao próprio atleta ou aos seus representantes, na forma da lei.

Toda vez que o atleta for atingido em relação à honra, boa-fama, ou quando a imagem se prestar a fins comerciais, a indenização será devida pelo causador do dano, uma vez que o uso da imagem ou o contrato feito em razão dela não permite que ela seja usada de qualquer jeito e a qualquer tempo.

No que diz respeito aos contratos de imagem, principalmente no meio futebolístico, não são raros os contratos celebrados que objetivam o uso da imagem do jogador, nesses casos o uso é feito durante a vigência do contrato de futebol e a remuneração pela cessão da imagem será feita por intermédio do contrato de trabalho, ainda, por se tratar de um contrato, que pressupõe direitos e deveres para ambas as partes, é que a legislação brasileira criou leis aptas a resolver conflitos surgidos em razão dos direitos dos atletas.

Existem vários dispositivos legais que se prestam a esclarecer dúvidas ou regulamentar os negócios jurídicos celebrados, com o fim de coibir abusos de empregadoras, de particulares, da própria mídia e das outras formas de divulgação, com isso, foi criada uma lei específica para o esporte, lei 9.615 de 24 de março de 1998, também conhecida como Lei Pelé. Entre outros direitos, a lei supracitada garante participação financeira decorrente da transmissão, retransmissão e institutos afins de quais o atleta participe ou tenha participado.

Em suma, o uso do direito de imagem é estabelecido em um contrato, por tempo determinado, logo, não há óbice se a imagem for usada durante o prazo que se encontra no contrato, entretanto, caso o uso continue a ser feito depois da extinção do contrato poderá o prejudicado buscar a justiça para fazer cessar o uso irregular de sua imagem, pois o atleta transfere apenas a cessão e não a titularidade, visto que, qualquer uso de imagem de outra pessoa deverá ser precedido de uma autorização dela, sem a qual não se verificará pressuposto legal de cessão de direitos.

1.1 DIREITO DE IMAGEM COMO UM DIREITO DE PERSONALIDADE

Como já discorrido anteriormente, o atleta pode celebrar contratos com o empregador, no qual cede o uso da sua imagem e voz, conseqüentemente renunciando ao sigilo de sua vida e constantemente se expondo, um dos dispositivos que deixa claro essa possibilidade cessão de imagem é a lei 9.615 de 1998. Com a alteração legislativa na lei 9.615 de 24 de março de 1998, a seguinte redação legal surgiu:

“Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.”

Ademais, é importante acrescentar que a imagem é um direito que acompanha os outros direitos da personalidade, sendo protegidos por amplas leis, eles aplicam-se desde o nascimento até depois da morte, o que significa dizer que podem os parentes do morto peticionar para que cesse eventual violação à imagem do de cujus e seja fixada a indenização necessária a reparar danos.

Os direitos da personalidade são:

- 1) Absolutos, ou seja, são aplicados a todos indistintamente.
- 2) Extrapatrimoniais, ainda que sua existência gere alguma espécie de pecúnia, eles não possuem esse caráter capital.
- 3) Indisponíveis, de forma a não se extinguirem quando o sujeito pretende a eles renunciar, pelo contrário, são indisponíveis.
- 4) Imprescritíveis, seu uso é assegurado até depois da morte.
- 5) Impenhoráveis, uma vez que são extrapatrimoniais não geram penhorabilidade.
- 6) Vitalícios, qualidade do que nasce com o indivíduo e perdura até a morte.

Apesar de a imagem ser um direito extrapatrimonial, ou seja, que não permite que seja objeto apto a auferir dinheiro, a constituição flexibiliza isso, dispondo que a imagem é um direito que se violado poderá resultar em vantagem econômica.

Artigo 5º da CRFB, que dispõe sobre o tema:

“Inciso X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Em regra, podem resultar em dinheiro, como é o caso da indenização, a indenização é um bem que vai se incorporar no patrimônio de alguém em decorrência da violação de um direito da personalidade, que apesar de ser extrapatrimonial, é um direito que comporta que dano moral ou material quando violado, portanto, o direito continua sendo extrapatrimonial, mas em decorrência de um ilícito surtirá efeitos aferíveis economicamente.

2. LEI 9.615 DE MARÇO DE 1998 OU LEI PELÉ

A lei 9.615 de 28 de março de 1998 ou Lei Pelé foi criada com o intuito de traçar normas gerais a respeito do direito desportivo e regulamentar contratos de trabalho provenientes desta relação. O nome dado à lei tem relação com a época em que foi criada. Foi criada em 24 de março de 1998, no mandato de Fernando Henrique Cardoso, foi nomeada de “Lei Pelé”, porque na época o jogador Pelé atuava como Ministro de Esportes.

“A Lei Pelé foi sucessora da chamada Lei Zico (Lei n.º 8.672/93), e nesse aspecto começa a polêmica. Muitos juristas e profissionais da área apontam para a chamada “clonagem” de quase 60% daquela norma, trazendo poucas contribuições práticas.

Entre os aspectos mais polêmicos está o fim do passe, o que resultou em um mercado problemático no que concerne à relação entre os jogadores e seus empresários. Inclusive, pensando nisso, o novo governo pretende realizar alterações na lei.

Além disso, muitas pessoas acreditam que a lei permitiu uma intervenção do Estado no esporte. Isso poderia trazer mais prejuízos do que benefícios para a prática esportiva enquanto uma atividade essencialmente cultural, muito embora com um viés econômico cada vez mais forte.

Outro aspecto fortemente debatido entre os especialistas está relacionado à transformação dos clubes em empresas, perdendo a essência da prática desportiva e desvirtuando as práticas desse mercado. (PESSOA, 2019, on-line).”

A referida lei atua no desenvolvimento de práticas que visem não onerar muito o ônus para as partes e estabelecer direitos comuns à uma relação trabalhista, uma vez que o esporte, além de lazer, é uma profissão regulamentada. Importante frisar que além dos direitos e garantias previstos em lei específica, existem outros que estão dispostos em outros códigos e, havendo conflito, deverá o juiz usar o juízo de ponderação e analisar o caso concreto para ver qual lei se adequa melhor à situação. É o que prescreve o artigo 1º, § 3º da lei em questão:

“Os direitos e as garantias estabelecidos nesta Lei e decorrentes dos princípios constitucionais do esporte não excluem outros oriundos de tratados e acordos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.”

A mesma lei ainda traz princípios que devem ser observados diante da prática desportiva, tais como Soberania, o que significa dizer que se deve pautar pela supremacia nacional da prática do esporte, fala ainda da Autonomia, o que se diz respeito à possibilidade de constituição de pessoas jurídicas para realização da prática desportiva, bem como a participação de pessoas físicas.

Entre outras alterações, lei Pelé ainda extinguiu o “passe”. Passe era definido como uma quantia que devia ser oferecida de um empregador a outro e decorria da cessão do atleta durante a vigência do contrato ou após seu término. Em suma, para que o atleta firmasse contrato com outro clube, havia necessidade de pagamento do passe, o que prejudicou a liberdade de exercício da profissão de atleta, já que para que o atleta fosse contratado precisaria da aceitação de um outro clube em pagar o valor.

As considerações da lei sobre o direito de imagem é de que é possível a cessão e exploração da imagem do atleta, desde que feita por meio de contrato que natureza civil, que não se confunde com o contrato desportivo celebrado. Ademais, o uso da imagem deverá ser de até 40% da remuneração total do atleta, incluindo o salário e os valores sobre o uso da imagem, conforme o artigo 87-A da lei:

Art. 87-A. “O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.”

Parágrafo único. “Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem.”

3. DIREITO DE ARENA

É espécie de direito de imagem, destacando-se deste por constituir direito de um grupo, o direito de arena surge quando uma partida é transmitida por qualquer meio eletrônico de tecnologia, assim, ao vermos uma partida de futebol na televisão entre times, já sabemos que uma das condições para que ela fosse transmitida foi o pagamento do direito de arena. É importante saber que não existe distinção entre os jogares e os reservas, todos devem receber sua porcentagem pelo direito de arena.

Disposições da Lei Pelé sobre o tema:

Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar

ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem.

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil.

“Como as receitas geradas geram interesse dos patrocinadores, as empresas de televisão ganham um rendimento relevante com a divulgação dos jogos de futebol, e os jogadores, enquanto profissionais, são os principais responsáveis para que tudo isso aconteça. Desta maneira, o jogador que participa do evento transmitido na televisão tem o direito de receber um percentual do valor negociado entre o clube e os canais de comunicação responsáveis pela distribuição das imagens do jogo.” (PESSOA, 2019).

Embora o direito de arena e o direito de imagem se comuniquem, eles se diferenciam quanto à titularidade, enquanto o direito de arena é personalíssimo do clube com o qual o atleta negocia, o direito de imagem é personalíssimo do atleta, o direito de imagem guarda relação com o jogador que participa da campanha publicitária e o direito diz respeito à reprodução da imagem do atleta que está participando daquela competição. (KAMPFF, 2021, on-line).

4. FRAUDE CONTRATUAL

O contrato pactuado pelo jogador e o clube tem natureza salarial, mas o direito de imagem, ainda que vinculado ao contrato principal não reflete uma verba salarial, em razão de o pagamento do direito de imagem ter natureza civil, salvo de restar provada fraude com a intenção de reduzir os encargos recolhidos pelo clube, pois o atleta é remunerado a título de salário apenas no que diz respeito ao contrato trabalhista em virtude do pacto laboral firmado com o clube, ao contrário da contraprestação decorrente do direito de imagem, que é remunerada com base em um contrato de natureza civil, e não trabalhista.

“Os direitos trabalhistas do atleta profissional são regidos pela CLT concomitantemente à Lei 9.615/98 (Lei Pelé), a qual traz algumas peculiaridades em relação aos direitos trabalhistas do trabalhador comum. A atividade do atleta profissional, em todas as

modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva. Se na relação de emprego estão presentes todos os requisitos do art. 3º da CLT, todos os atletas profissionais de futebol são considerados empregados e, portanto, observadas as regras da legislação especial (Lei Pelé), seus contratos são submetidos a todas as regras da legislação geral (CLT). Portanto, ainda que não haja a formalização do contrato entre o atleta e o clube de futebol - obrigatoriedade exigida pelo art. 34, inciso I da L 9.615/98 - presentes os requisitos do art. 3º da CLT, o atleta é considerado empregado do clube. Conforme dispõe a referida lei, o contrato deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral, além de outras características específicas para a atividade desportiva." (PANTALEÃO, 2017).

A irregularidade contratual é realizada com o intuito de fraudar a lei, de forma a não incidir sobre as verbas oriundas do contrato de trabalho comum, como férias, FGTS, 13º salários, entre demais verbas, ato que é vedado pela CLT, segundo o artigo 9º que diz que serão considerados nulos de pleno direito aos atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da CLT.

RECURSO ORDINÁRIO. ATLETA PROFISSIONAL. CONTRATO DE DIREITO DE IMAGEM. FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. NATUREZA SALARIAL. A verba paga a título de direito de imagem tem natureza civil quando observado os limites traçados na Lei nº 13.155/15 e demonstrados a efetiva divulgação, exploração ou utilização da imagem do jogador pelo clube que o contratou, de modo que a ausência desses critérios, associados ao pagamento fixo e desvinculado de qualquer contrato importa em reconhecer a natureza salarial da rubrica diante da evidente fraude à legislação trabalhista.(TRT-1 - RO: 01007043520195010282 RJ, Relator: CARINA RODRIGUES BICALHO, Data de Julgamento: 04/08/2021, Sétima Turma, Data de Publicação: 24/08/2021).

Um caso julgado no TST e publicado pela revista TST narra a história do contrato de trabalho o jogador Linconl Cássio de Souza Soares. O jogador recebia R\$ 50,000 mil como salário e R\$ 133,00 mil por direito de imagem, de que este último não integraria a remuneração salarial do jogador, o desejo do jogador era que o contrato de natureza civil (direito de imagem) fosse convertido em verbas trabalhistas. O julgamento do TST foi de que o valor de direito de imagem ultrapassava três vezes a remuneração salarial, entretanto, a 4º turma do TST decidiu que não houve fraude trabalhista, por não integrarem

o salário do jogador, da decisão houve recurso pelo jogador na seção 1 de dissídios individuais, o relator Lelio Bentes Corrêa entendeu que houve fraude à legislação trabalhista, pois não há consonância com o § único do artigo 87-A da Lei Pelé, já para o ministro Caputo Bastos não houve ilegalidade alguma, bem como para a ministra Dora Maria da Costa. Por maioria de votos a SDI manteve o entendimento de 1º grau e considerou que o valor pago a título de direito de imagem se consubstanciava em verbas de natureza trabalhista, ou seja, a natureza salarial. (CARVALHO, 2021).

5. CONCLUSÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise em relação ao direito de imagem do atleta. Abordou que é necessário compreender que a imagem, por ser um direito pessoalíssimo, é também intransferível, de forma a ensejar responsabilidades se usada sem cautela. Ademais, o contrato realizado entre as partes para o uso de imagem deverá respeitar seus direitos e obrigações, que são válidos apenas para uso específico e temporário, embora em alguns casos os jogadores profissionais assinem contratos vitalícios com marcas conhecidas, que perdurem até mesmo após a aposentadoria.

No entanto, em uma análise mais aprofundada do assunto apresentado, é possível perceber que existem truques, evidenciando possíveis fraudes nos contratos de licenciamento para o uso das imagens de atletas profissionais, de forma inapropriada, ainda que as partes tenham convencionado um contrato. Estes comportamentos contêm notórias violações, pois se baseia na premissa de que, sem a correta exploração e ambição da imagem de um atleta profissional, sua devida renda não será civil, mas trabalhista, incluindo assim a remuneração integral do desportista e surtindo efeitos na seara trabalhista.

Os atletas de hoje, dispõem de acesso total ao judiciário, sem nenhuma restrição, onde este se mantém à disposição das solicitações dessa categoria, as autoridades competentes da justiça do trabalho têm procurado extinguir os contratos de trabalho fraudulentos, ao abrigo do artigo 9 do código de trabalho, compreendendo que somente privam as empresas das suas obrigações laborais.

Visto como uma espécie de direito de imagem, os direitos de estádio, são responsáveis por distribuir parte da pecúnia pago pela empresa de tv aos clubes em troca do direito de transmissão de seus jogos. É preciso estar ciente de que se trata de institutos diferentes, o direito de imagem protege a imagem individual, enquanto a instalação a propriedade das entidades desportiva protege a imagem coletiva, podendo até ser combinados com a aquisição de direitos de imagem.

A evolução da legislação desportiva a tornou totalmente protegida, por meio da Lei Zico, conjuntamente com a Lei Pelé, mais precisamente em seu artigo 42. Por se tratar de

um tema de grande importância econômica e muito debatido, os parlamentares inseriu na instalação expressão de cunho civil na tentativa de remover o valor pago à título de direitos trabalhista.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Luanna. **TST invalida parte de contrato de jogador do Curitiba relativa a direito de imagem**. Youtube, 2021. Disponível em: [TST invalida parte de contrato de jogador do Curitiba relativa a direitos de imagem - Bing video](#). Acesso em 27/03/2022.

KAMPFF, Andrei. **Direito de Arena e Direito de Imagem: entenda a diferença**. 2021. Disponível em: [DIREITO DE ARENA E DIREITO DE IMAGEM: ENTENDA A DIFERENÇA – Gelson Ferrareze Sociedade de Advogados \(gfsa.com.br\)](#). Acesso em: 26/03/2022.

PANTALEÃO, Ferreira Sérgio. **Guia Trabalhista, Direito de Arena e Direito de Imagem**, 2017. Disponível em: [JOGADOR PROFISSIONAL - DIREITO DE ARENA E DIREITO DE IMAGEM \(guiatrabalhista.com.br\)](#). Acesso em: 27/03/2022.

PESSOA, Maria. **Você sabe o que é a Lei Pelé? Entenda!** 2019. Disponível em: [Você sabe o que é a Lei Pelé? Entenda mais sobre esse assunto! Blog | Advocacia Maria Pessoa](#). Acesso em: 24/03/2022.

PESSOA, Maria. **Você sabe o que significa direito de arena no futebol?**, 2019. Disponível em: [Você sabe o que significa o direito de arena no futebol? Blog | Advocacia Maria Pessoa](#). Acesso em: 24/03/2022.

TRT. **Tribunal Regional do Trabalho, jusbrasil**, 2021. Disponível em: [Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região TRT-1 - Recurso Ordinário Trabalhista: RO 01007043520195010282 RJ \(jusbrasil.com.br\)](#). Acesso em: 27/03/2022.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DA DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

EMILY DANIELLE MORAES COSTA:
Graduanda do curso de Direito da
Universidade Estadual do Tocantins.²⁰⁰

BUENÃ PORTO SALGADO²⁰¹

(coautor)

RESUMO: A dispensabilidade do advogado no rito da Lei nº. 9099/1995 representa uma inovação de grande relevância para o acesso à justiça no Brasil. O presente artigo pretende avaliar a eficácia da prerrogativa jurídica de ingressar no judiciário sem a assistência de um advogado. Para tanto, propõe-se a análise dos efeitos inerentes à ausência de defesa técnica durante o trâmite processual, com o fim de demonstrar os desafios enfrentados pela parte não representada por patrono. A partir da ponderação das consequências geradas no plano teórico e real com a introdução do instituto do *jus postulandi* no sistema judiciário, por meio do método de pesquisa indutivo, constatou-se que a capacidade postulatória concedida aos litigantes, enquanto instrumento de acesso à justiça no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, não atinge a finalidade prevista na norma legal.

Palavras-chaves: Juizados Especiais Cíveis. Acesso à justiça; *Jus postulandi*. Representação. Direito de defesa.

ABSTRACT: The lawyer dispensability in the rite of the Law nº. 9,099/1995 represents an innovation of great relevance for access to justice in Brazil. This article intends to assess the effectiveness of the legal prerogative of entering the judiciary without the assistance of a lawyer. Therefore, it is proposed to analyse the effects inherent in the absence of technical defense during the course of a judicial process. From the consideration of the consequences generated in the theoretical and real plan with the introduction of the institute of *jus postulandi* in the judicial system, through the inductive research method, it was concluded that the postulatory capacity granted to litigants, as an instrument of access to justice in Special Civil Courts, does not achieve the purpose provided for in the legal norm.

Keywords: Special Civil Courts. Access to justice. *Jus postulandi*. Representation. Right of defense.

200 E-mail: emilymoraes@unitins.com.br.

201 Professor Doutor Bueña Porto Salgado, professor da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS – Campus Palmas. E-mail: buena.ps@unitins.br.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves Considerações Históricas; 3. Princípios Norteadores; 4. Ampliação do Acesso à Justiça; 5. Concessão do *Jus Postulandi*; 6. Constitucionalidade do Direto de Defesa; 7. Violação de Princípios Constitucionais; 8. Complexidade Jurídica; 9. Desafios Práticos; 9.1. Redução do pedido a termo; 9.2. Diligência do Magistrado; 9.3. Celebração de acordo; 9.4. Informatização do processo judicial; 10. Considerações Finais; 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995, foi criada para regulamentar a conciliação, o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. O rito especial normatizado pela referida lei trouxe um conjunto de inovações relativas ao processamento dos conflitos judiciais, de modo a orientar o procedimento sob os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

No que diz respeito à normatização dos Juizados Especiais Cíveis, uma das grandes inovações contidas na Lei nº. 9.099/95 consiste na dispensa da assistência de advogado em causas cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos. Em observância aos critérios norteadores do rito dos Juizados Especiais, a dispensabilidade de representação técnica tem o condão de ampliar o acesso à justiça, atribuindo às partes a capacidade de apresentarem pessoalmente suas demandas junto ao juízo competente.

A desnecessidade de procurador para postulação em juízo, embora represente uma enorme inovação quanto ao desenvolvimento do acesso à justiça, manifesta controvérsias em relação à legalidade de tal permissão normativa e à sua implementação prática. Nesse contexto, em que pese a dispensabilidade do advogado seja expressamente admitida no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, os efeitos da ausência de defesa técnica no curso processual incidem em significativas modificações na prestação do serviço jurisdicional.

O presente trabalho, dentro do âmbito científico e jurídico, apresenta sua relevância ao evidenciar qual o prognóstico de eficácia do acesso à justiça para os litigantes não assistidos por advogado. Com efeito, a possibilidade de provocação da jurisdição sem assistência técnica merece ponderação quanto aos seus efeitos práticos, de modo a esclarecer se a proposta inovadora da Lei nº. 9.099/95 aufere êxito em cumprir com a finalidade jurídica pretendida.

Nesse cenário, importa para a sociedade em geral o conhecimento acerca da eficiência da resolução e do processamento das demandas judiciais sem a assistência de um procurador especializado, oferecendo ao público leigo os dados necessários para a correta ponderação sobre a melhor forma de garantir a justa defesa de seus direitos em juízo.

Com base nos relevantes pontos de análise mencionados, este trabalho apresentará um estudo sobre a questão qual?, por meio de informações pertinentes acerca das implicações fáticas e jurídicas inerentes à dispensabilidade do advogado no acesso à jurisdição dos Juizados Especiais Cíveis, dentro dos moldes prescritos pela Lei nº. 9.099/95, tendo-se o fulcro de indicar as efetivas consequências que decorrem da concessão do *jus postulandi* às partes litigantes.

Considerando que o ingresso no judiciário sem a necessidade de assistência de advogado é facultado com o intuito de aferir maior facilidade ao acesso à justiça, o cumprimento da proposta desta inovação processual constitui relevante aspecto de análise, na medida em que provoca uma nova observação acerca da qualidade do serviço jurisdicional prestado. Nesse sentido, o presente artigo científico objetiva apresentar os desafios processuais enfrentados por aqueles que se utilizam da prerrogativa prevista no artigo 9º da Lei nº. 9.099/95.

A concessão de capacidade postulatória às partes litigantes suscita diversas consequências no âmbito da prática jurisdicional. Com isso, sob pena de ofensa à licitude da permissão legal prevista no rito dos Juizados Especiais Cíveis, os efeitos decorrentes da dispensabilidade de defesa técnica merecem minuciosa avaliação. Este estudo propõe viabilizar a adequada compreensão de todos os impactos que resultam da ausência de representação por advogado no ingresso à jurisdição e, principalmente, no decorrer da lide judicial.

Para o desenvolvimento do artigo, adotou-se o método de pesquisa indutivo, técnica que se utiliza da observação e do raciocínio para, partindo-se de premissas gerais, chegar a uma conclusão particularizada sob os termos do estudo. Assim, examinadas as implicações fáticas e jurídicas geradas pela concessão de capacidade postulatória aos litigantes, o trabalho em questão permite a apuração da eficácia do acesso à justiça no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O primeiro marco histórico que caracteriza a origem dos juizados de pequenas causas no país é representado pela criação dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Rio Grande do Sul, em 1982. A instituição de tais conselhos tinha como objetivo a resolução extrajudicial de conflitos de menor complexidade, sob a premissa de reduzir a quantidade de processos judiciais em tramitação no Poder Judiciário estadual.

A experiência dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Rio Grande do Sul foi considerada bem-sucedida, dados os resultados exitosos no tratamento extrajudicial de conflitos, o que ensejou a criação de outros conselhos em diversas comarcas dos estados da federação.

Tendo em vista o êxito da referida experiência inovadora em atender os propósitos pretendidos de forma célere e objetiva, passou-se a considerar, no âmbito do Poder Judiciário, a criação de um novo procedimento para atender as demandas de menor valor e complexidade, visando regulamentar um modelo simplificado de resolução de conflitos judiciais.

Nesse contexto, em 1984 entrou em vigor a Lei Federal nº. 7.244, que estabeleceu a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, objetivando facilitar o acesso à justiça e atribuir celeridade à prestação do serviço jurisdicional. Conforme assevera Chimenti (2012, p. 15), "a lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas significou autêntica revolução no processo civil brasileiro. Inovou e reformulou conceitos até então consagrados no Código de Processo Civil."

Acerca do caráter inovador da Lei nº. 7.244/1984, Pedro Manuel Abreu preleciona:

A Lei 7.244, de 7 de novembro de 194, dispendo sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, no dizer de Cândido Dinamarco, foi portadora de uma proposta revolucionária muito mais profunda do que a simples instituição de novo órgão no âmbito do Poder Judiciário. Em verdade o diploma em questão pretendeu ser o marco legislativo inaugural de um movimento ambicioso de revisão integral de velhos conceitos de direito processual e de abalo estrutural de antigos hábitos enraizados na consciência dos operadores jurídicos e de práticas irracionais incompatíveis com a moderna concepção de uma jurisdição democrática (2004, p. 187).

Em seguida, a Constituição Federal de 1988, em atenção ao modelo processual desenvolvido pela Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, trouxe no texto constitucional a previsão da criação de "juizados especiais", especificamente no artigo 98, inciso I, da Carta Magna:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

Dessa forma, em atendimento ao comando constitucional, a Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, regulamentou as normas para julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, mediante procedimento classificado como sumaríssimo, autorizando, com isso, a criação dos denominados Juizados Especiais Cíveis e Criminais (DONIZETTI, 2019).

A mencionada norma revogou expressamente a Lei nº. 7.244/84²⁰², estabelecendo de forma clara a vigência exclusiva do novo diploma legislativo. Posteriormente, foram criadas as Leis nº. 10.259/2001 e nº. 12.153/2009, dispondo, respectivamente, sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal e a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Os três diplomas legais, juntos, formam o microsistema processual dos Juizados Especiais, instituindo um grupo normativo caracterizado pela intercomunicação, sobre o qual o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária.

Por conseguinte, no que se refere à formalização normativa, confere-se que o contexto histórico dos Juizados Especiais Cíveis sempre foi marcado pela finalidade de possibilitar a resolução de conflitos judiciais de maneira simplificada, criando um meio alternativo aos métodos preexistentes de acesso à justiça.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES

O rito processual dos Juizados Especiais Cíveis é orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, conforme a disposição do artigo 2º da Lei nº. 9.099/1995²⁰³. Embora esses princípios estejam expressamente previstos somente nessa lei, são aplicáveis sobre todo o microsistema dos Juizados Especiais, ou seja, aos estaduais, aos federais e aos da Fazenda Pública, tendo como fim a ampliação do acesso à justiça no procedimento sumaríssimo.

O princípio da oralidade é empregado com a função de atribuir maior legitimidade à palavra falada no procedimento dos Juizados Especiais. Durante o trâmite processual, vários atos podem ser realizados pelas partes verbalmente, como a própria interposição

²⁰² Lei nº. 9.099/1995, art. 97: Ficam revogadas a Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965 e a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.

²⁰³ Lei nº. 9.099/1995, "art. 2º: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação" (BRASIL, 1995)

da demanda²⁰⁴, a apresentação de contestação²⁰⁵, a interposição de embargos declaratórios²⁰⁶ e o requerimento de execução de sentença²⁰⁷.

O processo não é totalmente oral ou totalmente escrito, o princípio da oralidade tem o condão de possibilitar o exercício jurisdicional de forma predominantemente verbal, de modo a afastar as dificuldades e atrasos processuais inerentes à exigência da formalidade escrita.

Além de determinar a predominância da palavra falada sobre a escrita, o critério da oralidade estabelece a concentração dos atos processuais em audiência, a imediatidade entre o juiz e a fonte da prova oral e, por fim, a identidade física do juiz na condução processual (DONIZETTI, 2019).

Os princípios da simplicidade e da informalidade, por sua vez, são intimamente ligados. Acerca da definição de tais critérios orientadores, Elpídio Donizetti assevera:

Tanto a simplificação dos atos processuais quanto a informalidade constituem decorrência lógica da perspectiva instrumentalista do direito processual, segundo a qual o processo não deve ser um fim em si mesmo, mas sim um meio para se alcançarem decisões justas. Assim, não é por menos que o art. 13, caput e § 1º, da Lei nº. 9.099/1995 dispõe que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, não se pronunciando qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo (2019, p. 736).

Outro princípio que orienta o procedimento dos Juizados Especiais refere-se à economia processual, por meio do qual se procura oferecer o maior aproveitamento possível do feito com o mínimo de atos processuais. Um exemplo de medida implementada para garantir a economia processual é a possibilidade de realização da

204 Lei nº. 9.099/1995, "art. 14, *caput*. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado" (BRASIL, 1995)

205 Lei nº. 9.099/1995, "art. 30: A contestação, que será oral ou escrita, conterà toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor" (BRASIL, 1995).

206 Lei nº. 9.099/1995, "art. 49: Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão" (BRASIL, 1995).

207 Lei nº. 9.099/1995, "art. 52, *caput* e inciso IV: A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação" (BRASIL, 1995).

audiência de instrução e julgamento logo após a de conciliação, aproveitando-se a presença das partes²⁰⁸.

A Lei nº. 9.099/1995 prevê, ainda, o princípio da celeridade, estabelecido com a função de atribuir o menor tempo possível à tramitação processual, de modo a viabilizar a prestação jurisdicional de maneira mais ágil, sem qualquer prejuízo aos atos do processo.

Em análise à lei, observa-se os mecanismos instituídos com o fim de conferir maior celeridade ao procedimento, tais como a proibição de qualquer tipo de intervenção de terceiros e de assistência, bem como a hipótese particular da dispensa de registro prévio do pedido e da citação, com a instauração imediata da sessão de conciliação, caso as partes compareçam espontaneamente à sede do Juizado (LEITE, 2003).

Por fim, a busca pela autocomposição do conflito, também prevista no artigo 2º da Lei nº. 9.099/1995, prescreve que no âmbito dos Juizados Especiais sempre deve ser promovida a tentativa de conciliação, realizada em todas as audiências ou sessões envolvendo as partes. Isso porque, conforme já demonstrado, um dos principais objetivos da instituição do procedimento sumaríssimo é providenciar a pacificação dos litígios, primordialmente antes ou durante a tramitação do processo judicial.

4. AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948, consagra o acesso à justiça como direito fundamental do ser humano²⁰⁹, tratando-se de premissa sobre a qual se funda diversos outros instrumentos normativos nacionais e internacionais. No Brasil, o acesso à justiça é reconhecido de forma expressa pela Constituição Federal de 1988 como direito essencial²¹⁰, sendo legalmente assegurada assistência jurídica a todos, incluindo a assistência judiciária e o assessoramento jurídico extrajudicial, cabendo ao Estado a responsabilidade pela sua garantia.

O significado da expressão "acesso à justiça" é tema de variadas discussões doutrinárias, no entanto, enquanto direito garantidor da assistência jurídica estatal, sua principal função se refere à reivindicação de direitos e à resolução de conflitos judiciais sob

²⁰⁸ Lei nº. 9.099/1995, "art. 27: Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa. Parágrafo único: Não sendo possível a sua realização imediata, será a audiência designada para um dos quinze dias subsequentes, cientes, desde logo, as partes e testemunhas eventualmente presentes" (BRASIL, 1995).

²⁰⁹ Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 8: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (ONU, 1948).

²¹⁰ Constituição Federal, "art. 5º, inciso LXXIV: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1988)".

o patrocínio do Estado. Para tanto, parte-se do preceito fundamental de que a jurisdição deve ser acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Conforme mencionado, a criação dos Juizados Especiais Cíveis no país teve como um de seus principais objetivos facilitar o acesso à justiça. Sob tal pressuposto, foram implementados diversos mecanismos para simplificação do ingresso no sistema judiciário, com o intuito de assegurar a efetividade do serviço jurisdicional prestado sob o rito da Lei nº. 9.099/95.

No âmbito das ondas renovatórias de acesso à justiça, definidas pelos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é possível observar com clareza a influência da terceira onda sobre a formulação do procedimento sumaríssimo.

A referida onda renovatória atribui novo enfoque ao conceito de acesso à justiça, caracterizando-se pela busca de novos mecanismos jurídicos que representem meio efetivo para a resolução de conflitos. Nesta perspectiva, propõem-se mudanças na estrutura judiciária, outorgando maior diligência às pessoas leigas e aos profissionais da área jurídica, incluindo juízes e defensores, com o fim de obter meios eficazes, sejam eles formais ou informais, para a solução de litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Nesse sentido, a Lei nº. 9.099/95 objetiva cumprir a pretensão jurídica de introduzir métodos alternativos para a efetivação do direito postulado em juízo, materializando a proposta de Cappelletti e Garth em conferir maior amplitude ao exercício do acesso à justiça.

Os Juizados Especiais Cíveis foram concebidos sob um rito essencialmente instrumentalista, com o fim de garantir que nas ações ajuizadas e julgadas no âmbito destes, a reivindicação dos direitos seja feita da forma mais eficiente possível, utilizando-se de métodos que, além de cumprir os princípios constitucionais, sejam capazes de ampliar a interpretação jurídica acerca do acesso à justiça no Brasil.

No entanto, em que pese bem evidenciado o propósito de instituir mecanismos de inovação para o acesso à jurisdição, a eficácia dos métodos inseridos no âmbito jurídico pelos Juizados Especiais é objeto de ponderação, observada a sua controvertida concretização na realidade jurisdicional. No que se refere à efetividade da justiça, Habermas argumenta:

Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às

condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente (1997 apud SOARES, 2004, p. 126).

Para assegurar o acesso à justiça dentro dos parâmetros de um Estado Democrático de Direito, os Juizados Especiais Cíveis devem de fato cumprir os preceitos instituidores do procedimento especial da Lei nº. 9.099/95, de modo a obter êxito nos métodos implementados e, enfim, alcançar a finalidade de simplificar o serviço jurisdicional.

A partir de tal concepção, é possível perceber que a capacidade postulatória concedida às partes nas causas de até vinte salários mínimos, embora se apresente como uma importante inovação introduzida no microssistema dos Juizados Especiais, representa um relevante fator de análise no que tange ao cumprimento do objetivo de ampliar o acesso à justiça.

5. CONCESSÃO DO *JUS POSTULANDI*

A assistência de advogado nos Juizados Especiais Cíveis é facultativa em causas cujo valor não ultrapasse 20 salários mínimos, nos termos do artigo 9º da Lei nº. 9.099/1995²¹¹.

Tal dispositivo legal oferece aos litigantes a possibilidade de postularem pessoalmente seus direitos perante o juízo dos Juizados Especiais Cíveis, sem a necessidade de defesa técnica nas causas consideradas de menor complexidade, segundo o parâmetro adotado pela lei.

Logo, a inovação processual em questão consiste na concessão de capacidade postulatória às partes, instituto que corresponde ao termo latim *jus postulandi*, consubstanciado no direito de postular ou pedir juridicamente, representando a possibilidade de qualquer pessoa demandar ação no âmbito judiciário sem obrigatoriamente estar assistida por um advogado.

O referido instituto surgiu na legislação brasileira a partir do Direito Trabalhista, mais especificamente por meio do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho²¹², dispositivo normativo que garante aos empregados e empregadores a possibilidade de

211 Lei nº. 9.099/1995, "art. 9º: Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória (BRASIL, 1995).

212 Decreto-lei nº. 5.452/1943, art. 791: Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. § 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado (BRASIL, 1995).

reclamarem pessoalmente seus direitos perante a Justiça do Trabalho, bem como acompanharem tais reclamações até o final do processo.

Além disso, é importante ressaltar que o artigo 2º da Lei de Alimentos (Lei nº. 5.478/1968)²¹³ e os artigos 623 e 624 do Código de Processo Penal²¹⁴, apesar de não admitirem a capacidade postulatória na mesma extensão permitida no âmbito trabalhista e nos Juizados Especiais Cíveis, também são importantes dispositivos que garantem às partes a capacidade de atuar e intervir pessoalmente na lide.

A promulgação da revogada Lei nº. 7.244/1984, que dispunha sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas, passa a estender a concessão do *jus postulandi*²¹⁵, que até então se tratava de instituto exclusivo do Direito Trabalhista, às causas de menor complexidade, o que foi mantido pela disposição da Lei nº. 9.099/1995.

A referida prerrogativa foi introduzida na Lei dos Juizados Especiais Cíveis com o intuito de atribuir maior acesso à jurisdição do novo rito regulamentado. Contudo, a concessão de capacidade postulatória às partes litigantes, sob a análise da realidade jurídica, apresenta efeitos contrários à finalidade pretendida, demonstrando potencial prejuízo à eficácia do pleito judicial e, por conseguinte, dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

6. CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO DE DEFESA

No ordenamento jurídico brasileiro, a atuação do advogado está intrinsecamente ligada à garantia do direito de defesa, sendo expressamente declarada a sua indispensabilidade à administração da justiça no país, conforme a disposição do artigo 133 da Constituição Federal: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988).

A indispensabilidade do exercício profissional do advogado, bem como a inviolabilidade dos seus atos e manifestações, nos termos da previsão constitucional, encontra-se reforçada no artigo 2º, *caput* e § 3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do

213 Lei nº. 5.478/1968, art. 2º: O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

214 Código de Processo Penal, art. 623: A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; art. 654: O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

215 Lei nº. 7.244/1984, “art. 9º: As partes comparecerão sempre pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado” (BRASIL, 1984).

Brasil216, de modo a substanciar a imprescindibilidade atribuída à defesa técnica para o acesso à justiça.

Nesse contexto, a ressalva instituída no rito dos Juizados Especiais Cíveis consiste em objeto de consolidadas controvérsias, relacionadas principalmente à legalidade do ato de dispensar a assistência especializada do advogado para o exercício do direito de defesa.

Tendo em vista o impasse acerca da constitucionalidade da normativa prevista na Lei nº. 9.099/1995, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, invocando o artigo 133 da Carta Magna, ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 1.539), que julgou, à unanimidade, improcedente o pedido, conforme ementa do acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente (Supremo Tribunal Federal STF; ADI 1.539-7; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Joaquim Barbosa; Julg. 08/06/2006).

A posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal no referido julgado expressa a clara interpretação jurisprudencial de que o artigo 133 da Constituição Federal não tem o condão de atribuir o monopólio do *jus postulandi* ao advogado. O dispositivo da Lei Maior não foi entendido pela Suprema Corte como um empecilho à simplificação procedimental implementada pela Lei nº. 9.099/1995, a qual, por sua vez, é analisada sob os princípios e

216 Lei nº. 8.906/1994, "art. 2º: O advogado é indispensável à administração da justiça. § 3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei" (BRASIL, 1984).

objetivos que a instituíram, de maneira a conferir validade à premissa de ampliar o acesso à justiça.

7. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em que pese se encontre pacificado o entendimento jurisprudencial a respeito da constitucionalidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, é evidente o fato de que os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia²¹⁷, garantidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais, sofrem certa relativização perante o procedimento instaurado pela Lei nº. 9.099/1995. Isso porque, os princípios norteadores do rito dos Juizados Especiais Cíveis atribuem nova interpretação à normativa processual, sumarizando os atos jurídicos procedimentais e modificando a compreensão previamente estabelecida acerca dos referidos preceitos.

A mudança de perspectiva acerca do papel do advogado e da sua prescindibilidade no sistema jurídico brasileiro, efetivamente consolidada com o julgamento da ADI 1.539, influenciou na forma de se interpretar a implementação prática dos princípios previstos constitucionalmente. Nesse cenário, o exercício da atividade jurisdicional é acometido por uma significativa instabilidade jurídica, dadas as alterações provocadas no modelo processual até então vigente.

A dispensabilidade do advogado passa a ser objeto de instauração de uma nova dinâmica jurisdicional, a qual é examinada sob os limites legais do direito de defesa, indagando-se se uma pessoa leiga estaria apta a postular em causa própria, apesar de desconhecer as disposições normativas que circundam os direitos pleiteados.

A divergência doutrinária atinente à conformidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis ao instituto do devido processo legal detém duas correntes. A primeira se caracteriza pela defesa da simplificação da assistência jurídica, e a segunda sustenta a existência de contradição à legislação constitucional.

A primeira corrente acredita que a dispensabilidade do advogado não é princípio que deva sobrepor-se à promessa constitucional de acesso à justiça²¹⁸, sendo notório que muitas das causas levadas ao Juizado nem sempre comportam despesas com

217 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: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

218 Constituição Federal, "art. 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988).

advogado, e nem sempre quem as promove tem como despendar tais gastos (DINAMARCO, 2003).

A referida posição doutrinária baseia-se na subjetividade do acesso ao Poder Judiciário, partindo-se da premissa de que tal direito é assegurado pela Constituição Federal para possibilitar que todas as pessoas sejam capazes de defender suas demandas junto ao sistema jurídico brasileiro, incluindo aquelas consideradas hipossuficientes, ou seja, as que não possuem condições de arcar com as despesas referentes a honorários advocatícios e custas processuais.

Com isso, tendo em vista que a dispensa de defesa técnica foi instaurada com o objetivo de possibilitar o acesso ao sistema jurídico sem o dispêndio inerente à assistência de um advogado, confere-se legitimidade à postulação processual por pessoa leiga, não se vislumbrando qualquer fundamento capaz de restringir a capacidade desta para defender seus direitos de forma direta e pessoal.

A ideia expressa por esta corrente aparenta ser coerente com a função social preestabelecida pela Constituição, ao instituir o acesso à justiça como direito fundamental, já que visa garantir que todos aqueles que não possuem condições financeiras para custear um processo judicial tenham acesso ao serviço jurisdicional prestado pelo Estado.

No entanto, ao observar a realidade prática do instituto do *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis, é possível perceber que, apesar de facilitar o ingresso ao Poder Judiciário, o acesso à justiça não é efetivamente cumprido, uma vez que as partes litigantes não detêm o preparo técnico necessário para assegurar a correta defesa dos direitos reclamados, o que consiste em causa capaz de macular a legitimidade do procedimento sumaríssimo.

Tendo isso em vista, a segunda corrente argumenta que a ausência do advogado é essencialmente prejudicial ao deslinde do processo, em sua integralidade. Acerca do tema, Alexandre Freitas Câmara explica: *“à lei caberá regulamentar o exercício da atividade de advogado, mas sem jamais chegar ao ponto de tornar a presença do advogado facultativa, pois assim estar-se-ia negando à sua atividade o caráter de função essencial”* (2003, p. 232).

Sob o âmbito dos princípios constitucionais, o discurso de Câmara (2003) é reforçado por Rosemiro Pereira Leal, que também se manifesta de forma contrária à dispensabilidade da defesa técnica ao definir a instituição do Estado Democrático de Direito:

(...) conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado, e do livre acesso à jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (Devido Processo Legal) como instrumentalidade manejável pelos fundamentos juridicamente legitimados (2005, p. 100).

Esse posicionamento preleciona que a assistência do advogado é requisito essencial para assegurar a validade do processo, compreendendo a defesa técnica como condição básica estabelecida pelo texto constitucional para o cumprimento do devido processo legal.

A pertinência da corrente em questão é reconhecida a partir dos efeitos práticos gerados pela concessão instituto do *jus postulandi*, que chegam a caracterizar uma desvalorização dos princípios constitucionais.

A ausência do advogado poderia ser tolerada na fase conciliatória do processo, dada a sua natureza essencialmente informal, considerando que o principal objetivo nesta fase se limita à realização de um acordo entre as partes. No entanto, mesmo na conciliação, a presença de um advogado é amplamente aconselhada, considerando que a parte desacompanhada pode deixar de firmar acordo por insegurança, principalmente se o outro litigante possuir patrono. Em suma, confere-se ao advogado o dever de orientar o seu cliente acerca das vantagens e desvantagens em aceitar ou oferecer acordo, bem como informar quais os futuros procedimentos a serem realizados.

Nesse contexto, não se entende que a parte seja incapaz de reconhecer se determinado acordo é vantajoso ou não, mas é inegável que a presença de um profissional especializado garante maior segurança ao feito, já que este possui a competência necessária para orientar o litigante e eliminar as dúvidas e emoções que podem interferir na regularidade do procedimento, fator que corrobora a indispensabilidade da representação por advogado.

Todavia, o principal problema relativo à ausência de assistência jurídica técnica é identificado após o referido momento processual, quando não obtido êxito na conciliação e iniciada a fase instrutória, já que nessa as partes precisam se valer do contraditório e da ampla defesa para produzir suas provas e fundamentar o direito pleiteado.

A defesa técnica é reconhecida nessa fase como requisito essencial para que as garantias constitucionais sejam realmente respeitadas. A complexidade da causa não pode ser admitida como justificativa para validar um procedimento superficial, exigindo-se, sob pena de violação do devido processo legal, que todos os mecanismos processuais sejam devidamente oferecidos aos litigantes, efetivando-se as prerrogativas legais que favorecem o exercício da postulação judicial.

A esse respeito, Rosemiro Pereira Leal elucida:

Quando se estabelece um procedimento que limita a possibilidade de defesa para as pequenas causas, na verdade, o que ocorre é a negação da importância das mesmas. Não pode ser admitido que apenas pelo pequeno valor econômico da causa, ela seja julgada sem a devida aplicação do processo com todas as garantias fundamentais a ele inerentes. A prevalecer o entendimento de que nos Juizados Especiais é vedada a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CR/88) em toda a inteireza constitucional, transformam-se os tribunais Superiores e o STF em Tribunais de Exceção destinados ao julgamento de causas de grande potencial econômico, a critério e arbítrio de seus juízes, com a suspensão do requisito do juízo natural que é instrumento imprescindível da processualidade nas democracias (2004, p. 76).

Ademais, importa pontuar que incumbe à Defensoria Pública o dever institucional de defender judicialmente aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas de um advogado, conforme dicção do artigo 134 da Constituição Federal²¹⁹.

O acesso à justiça sem custo já se encontrava devidamente institucionalizado pela Constituição Federal quando foram criados os Juizados Especiais Cíveis. Com isso, não subsiste o argumento de que a capacidade postulatória concedida às partes merece ser admitida em virtude da sua função de suprir o provimento jurisdicional aos hipossuficientes, posto que estes já dispunham de meio legal para postularem seus direitos sem o dispêndio de custos. A Defensoria Pública é reconhecida como um órgão perfeitamente competente e eficiente para representar os necessitados, ainda mais quando comparada à completa ausência de defesa técnica.

8. COMPLEXIDADE JURÍDICA

²¹⁹ Constituição Federal, "art. 134: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal" (BRASIL, 1988).

O principal fator que desponta a ineficiência do instituto do *jus postulandi* diz respeito à complexidade do sistema judiciário, que acaba por dificultar a postulação sem defesa técnica, ensejando uma situação de verdadeira vulnerabilidade processual para a parte litigante.

Os demandantes que ajuízam ações sem a assistência de um advogado, inegavelmente experimentam dificuldades em razão do desconhecimento técnico sobre o trâmite processual, incluindo o linguajar usado no âmbito judicial, sendo estes fatores que podem prejudicar a prática dos atos jurídicos (TARTUCE, 2015).

A dispensa do advogado no rito dos Juizados Especiais Cíveis é admitida sob a premissa de oferecer um procedimento simplificado e com linguagem de fácil compreensão para o cidadão leigo. Entretanto, na realidade processual, percebe-se que tais orientações nem sempre são adotadas. O processo é tradicionalmente conduzido de maneira formalista e as manifestações judiciais são geralmente proferidas e fundamentadas com jargões jurídicos, o que dificulta a plena compreensão do litigante que não dispõe do patrocínio de um advogado (TARTUCE, 2015).

Diante de tais circunstâncias procedimentais, é incontestável que o acesso à justiça pode acabar sendo comprometido, uma vez que a parte não conta com a devida orientação acerca da postulação de seus direitos, fator propenso a macular o pleito judicial (TARTUCE, 2012).

Conforme defende Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), na maioria das sociedades modernas, o auxílio de um advogado é indispensável para o ajuizamento de uma causa, considerada a progressiva complexidade das leis elaboradas e dos procedimentos implementados.

No mesmo sentido se manifestam diversos outros juristas, como Amauri Mascaro do Nascimento (2013), que também argumenta que a crescente dificuldade de compreender as normas legais escritas, bem como a especialização da ciência jurídica, evidenciam a importância da assistência do advogado, especialmente sob o aspecto técnico que permeia o cumprimento dos atos processuais.

Sobre tal perspectiva, o referido autor assevera:

(...) se, em uma sociedade primitiva, onde todo o direito se resume em umas poucas e simples práticas consuetudinárias, cada membro pode encontrar-se em condições de defender-se por si em juízo sem necessidade de uma preparação profissional especial, o incremento da legislação escrita, que fatalmente se desenvolve e se complica com o progresso da civilização, requer para sua interpretação e aplicação o auxílio de um tecnicismo cada vez mais refinado, cujo

conhecimento vem a ser monopólio de uma categoria especial de peritos, que são os juristas: de maneira que, para fazer valer as próprias razões em juízo, a parte inexperta de tecnicismo jurídico sente a necessidade de ser assistida pelo especialista, que se acha em condições de encontrar os argumentos jurídicos em apoio das suas pretensões, o que se faz mais necessário ainda quando, como é a regra nos ordenamentos judiciais modernos, também os Juízes, perante os quais a parte faz valer suas razões, são juristas (NASCIMENTO, 2013, p. 187).

Dessa forma, embora a concessão da capacidade postulatória às partes tenha a função de facilitar o acesso à justiça, uma ação judicial interposta sem a assistência de um advogado tem grandes chances de não alcançar a eficácia processual e material pretendida.

No cenário em questão, o litigante é acometido por uma situação de vulnerabilidade que afeta a efetividade dos atos processuais e pode até mesmo impedir a sua atuação em juízo. A limitação pessoal da parte decorre de diversos fatores, como a saúde, a qualidade econômica, informacional, técnica ou organizacional, seja de caráter permanente ou provisório (TARTUCE, 2012).

Se por um lado a dispensa do advogado no rito da Lei nº. 9.099/1995 tem como objetivo minimizar os gastos e favorecer o hipossuficiente, o litigante sem advogado e sem conhecimentos jurídicos se torna uma parte vulnerável no processo, ficando sujeito a efeitos adversos à pretensão judicial (TARTUCE, 2012).

Com vistas a minimizar o desequilíbrio verificado na relação processual, a Lei dos Juizados Especiais prevê que, se eventualmente uma das partes for assistida por um advogado, ou o réu se tratar de pessoa jurídica ou firma individual, o outro litigante, caso queira, terá direito à assistência jurídica, que será prestada por órgão instituído junto ao juízo nos termos da lei local²²⁰. A lei dispõe, ainda, que caberá ao magistrado, quando a causa assim o recomendar, alertar as partes sobre a conveniência do patrocínio por advogado²²¹.

Tais diretrizes da legislação são essenciais para o rito instituído, já que, considerando a deficiência técnica da parte não assistida por advogado, a possibilidade

²²⁰ Lei nº. 9.099/1995, "art. 9º, § 1º: Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local" (BRASIL, 1995).

²²¹ Lei nº. 9.099/1995, "art. 9º, § 2º: O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar" (BRASIL, 1995).

de ofertar ao litigante um procurador capacitado após a postulação judicial e a iniciativa do juiz em esclarecer o contexto jurídico aos demandantes se qualificam como medidas de implementação da isonomia processual.

Aplicar devidamente a isonomia consiste em conferir às partes concreta e igual oportunidade de participação no processo. Com isso, uma vez verificada a situação de vulnerabilidade de um dos litigantes, incumbe ao sistema jurídico estatal evitar que as dificuldades inerentes à condição desfavorável da parte comprometam o reconhecimento e o cumprimento de seus direitos (TARTUCE, 2012).

No entanto, embora os referidos mecanismos sejam considerados favoráveis à garantia da isonomia processual, os desafios encontrados em razão da complexidade dos procedimentos jurídicos representam significativos obstáculos à defesa dos direitos da parte não representada por advogado.

Diante de tal cenário de inseguranças jurídicas, Amaral (2009) destaca as seguintes críticas à concessão do instituto do *jus postulandi*:

- a) O cidadão não tem cultura jurídica e encontra-se despreparado para dar continuidade ao processo caso não haja a conciliação;
- b) A complexidade das regras processuais é mais difícil para os leigos;
- c) O acesso à justiça aos menos desassistidos deve ser assegurado pelo Estado através da criação da Defensoria Pública, conforme prevê a Constituição de 1988, e não com a figura do *Jus Postulandi*;
- d) Muitas vezes o cidadão comum não consegue nem mesmo formular corretamente seu pedido, desprovido de técnicas jurídicas, ao ser atendido pelo funcionário do Juizado Especial;
- e) Outras vezes, ao dar entrada sozinho no seu processo, o cidadão se desilude com a falta de resultados e termina por procurar um advogado, desaparecendo, assim, a capacidade postulatória.

9. DESAFIOS PRÁTICOS

9.1. Redução do pedido a termo

De acordo com o artigo 14 da Lei nº. 9.099/1995, o demandante pode apresentar o seu pedido inicial de forma escrita ou oral, cabendo à Secretaria do Juizado reduzir a termo o pleito, nos termos do §3º do mencionado dispositivo normativo²²².

²²² Lei nº. 9.099/1995, "art. 14: O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 3º - O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos" (BRASIL, 1995).

A redução do pedido a termo, com exposição dos fatos e fundamentos jurídicos é, portanto, incumbida a um servidor do Juízo competente, o qual, em teoria, é plenamente capaz de realizar a tarefa. Contudo, na prática, é possível que o referido servidor não tenha o devido cuidado ao redigir a peça, deixando de elucidar precisamente as circunstâncias do caso concreto apresentado pelo autor (TARTUCE, 2015).

Com isso, percebe-se a importância do papel atribuído aos servidores dos Juizados Especiais Cíveis, devendo estes estarem preparados para auxiliar os litigantes a formularem os seus pedidos e a apresentarem os seus elementos probatórios. Logo, uma vez conferida aos juizados a função de simplificar o acesso à justiça, faz-se necessário que os seus serventuários sejam capazes de torná-lo um canal jurisdicional eficaz, sendo-lhes atribuída grande responsabilidade sobre o cumprimento da norma legal.

9.2. Diligência do magistrado

A fim de evitar que o litigante seja prejudicado em razão da ausência de defesa técnica, o juiz deve agir de forma mais diligente no trâmite processual, com o fim de reparar a vulnerabilidade experimentada pela parte.

Na experiência prática dos Juizados Especiais Cíveis, ocorre certa relativização do preceito de que o juiz deve estar sempre adstrito aos fatos constitutivos trazidos pelo autor sem tomar qualquer iniciativa quanto à adequação do processo aos moldes legais (TARTUCE, 2015).

Isso porque, incumbe ao magistrado interpretar o pedido do litigante, muitas vezes formulado com insuficiência técnica, e, partir de então, ajustá-lo à tutela apropriada, considerando que o demandante na maioria das vezes não possui conhecimento jurídico acerca do direito pleiteado e pode acabar deixando de precisar corretamente a sua pretensão judicial.

Ressalta-se que o ponto abordado não acusa violação ao princípio da adstrição, limitando-se a apenas expor o dever atribuído à figura do juiz em decifrar o direito pugnado de forma leiga e, em análise ao conjunto dos fatos e das provas, aplicar a tutela adequada, cabendo-lhe a tarefa de elucidar o pleito da parte e o enquadrar nos ditames processuais formalistas (TARTUCE, 2015).

9.3 Celebração de acordo

Outro tópico a ser questionado é a ausência de conhecimento da parte acerca dos termos firmados em eventual acordo conciliatório, considerando que, conforme pontuado alhures, também constitui dever da defesa técnica conferir maior segurança ao procedimento de autocomposição, sendo incumbida ao advogado a tarefa de traduzir ao litigante os segmentos jurídicos tratados no ato.

Sabe-se que, na realidade atual do sistema judiciário, a celebração de acordos é algo bastante estimulado, o que se intensifica ainda mais no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, já que o procedimento implementado por esses visa primordialmente a resolução consensual de demandas.

Todavia, para que não se comprometa a legitimidade da autocomposição, é de suma importância garantir o pleno conhecimento das partes envolvidas sobre as circunstâncias jurídicas da causa e os termos dos acordos levados à homologação judicial, de modo a assegurar que o litigante não sofra prejuízo em razão de seu desconhecimento técnico (TARTUCE, 2015).

A validação das transações extrajudiciais e judiciais depende da aptidão das partes em reconhecer os termos do acordo e ter consciência de seus efeitos práticos, devendo ser evitada a incidência de vício de vontade, fator que é capaz de ensejar a nulidade do feito.

Nesse contexto, o condutor do procedimento de autocomposição é encarregado da tarefa de assegurar que as partes estejam devidamente informadas sobre condições legais envolvidas na demanda, bem como adverti-las sobre a importância de consultarem um profissional para auxiliá-las a compreender as circunstâncias da causa e da fase conciliatória (TARTUCE, 2015).

Atribui-se específica relevância às mencionadas iniciativas na medida em que evitam que a celebração de acordos seja maculada com a falta de consentimento autêntico das partes envolvidas na transação, afastando qualquer ofensa à situação de paridade entre os litigantes.

9.4. Informatização do processo judicial

Os Juizados Especiais Cíveis foram precursores na digitalização do processo judicial, possibilitando que os magistrados, os membros do Ministério Público e as partes – acompanhadas ou não de advogado – fossem capazes de acessar o teor dos autos processuais por meio remoto (TARTUCE, 2015).

Embora a informatização judicial se apresente como uma inovação vantajosa para o processamento das demandas, algumas complicações podem surgir no acesso aos autos digitais quando o litigante não conta com a assistência de um advogado.

Quando os processos que tramitam junto aos Juizados Especiais Cíveis foram ajuizados sem a presença de advogado, cabe às partes litigantes o dever de distribuírem suas demandas e se manifestarem pessoalmente nos autos eletrônicos, o que fazem sem o devido apuro técnico que um defensor qualificado detém.

Os efeitos de tal circunstância indicam a ineficácia da informatização em facilitar a realização dos atos judiciais. Primeiramente, é preciso considerar que nem todos os

jurisdicionais dispõem de um computador ou possuem facilidade em usar equipamentos tecnológicos para obter o acesso digital aos autos, o que os obriga a se deslocarem até a sede do respectivo juizado para conseguirem informações sobre o andamento da ação interposta (TARTUCE, 2015).

A exclusão digital representa um problema de grandes proporções no Brasil, razão pela qual a informatização, embora tenha o objetivo expandir o acesso e o direito à informação, acaba agravando, entre outras problemáticas, a desigualdade social no que se refere ao acesso aos dados digitais (TARTUCE, 2015).

Nessa conjuntura social, o Juízo atuante, em sua integralidade, abrangendo os serventuários e os magistrados, deve considerar a garantia da isonomia como dever obrigatório, encarando-a como meio de impedir que o sistema jurídico seja indiferente à realidade brasileira, na qual os mais necessitados de provimento jurisdicional são impedidos de ter acesso à estrutura informatizada do Judiciário.

Com isso, levando-se em conta que uma das principais premissas instituidoras dos Juizados Especiais Cíveis consiste em garantir o acesso à justiça aos hipossuficientes, a situação de vulnerabilidade conferida à parte que, além de não contar com o auxílio de um advogado, não tem conhecimento digital representa um significativo *deficit* na eficiência do serviço prestado pelos Juizados.

Partindo-se do pressuposto de que a vulnerabilidade cibernética é uma condição desfavorável ao trâmite processual, considerando os tempos atuais de informatização, a viabilização do efetivo acesso da parte ao processo eletrônico representa mais um desafio enfrentado pelos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que grande parte das pessoas que se utilizam destes como canal jurisdicional são hipossuficientes, tanto na acepção financeira como na tecnológica.

Em vista disso, com vistas a cumprir as garantias constitucionais de acesso à justiça e publicidade dos atos processuais, incumbe aos Juizados a disponibilização de terminais de acesso aos processos informatizados nos seus fóruns (TARTUCE, 2015).

Além de equipamentos, é imprescindível que haja funcionários treinados para orientar as partes a consultar o andamento dos feitos nos terminais do fórum (TARTURCE, 2012).

Ademais, a Lei nº. 11.419/2006 prevê em seu artigo 10, § 3º, que "Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais." (BRASIL, 2006). No entanto, apesar da relevância de tal norma, infelizmente poucos foros

judiciais implementam a referida iniciativa legal, o que corrobora a exclusão digital e, conseqüentemente, o acesso à informatização judicial.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, embora tenha sido instaurado com o fim de dirimir a lentidão e o formalismo dos métodos de resolução de conflitos judiciais, não auferiu êxito em garantir que o acesso à justiça, em seu modelo simplificado, cumpra o principal preceito que lhe é atribuído, qual seja oferecer uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

A prerrogativa de postular em juízo sem a assistência de um advogado foi introduzida no microsistema dos Juizados em conjunto com vários outros mecanismos processuais, todos implementados sob o princípio de instaurar um novo modelo procedimental capaz de tornar mais simples e célere o acesso à jurisdição. Ocorre que, ponderada a inovação que o rito em questão representa ao sistema jurídico brasileiro, os desafios encontrados no trâmite processual pela parte que não possui defesa técnica revelam a potencial ineficácia do pleito judicial.

Em análise ao rito instaurado pela Lei nº. 9.099/1995, percebe-se que os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade realmente são utilizados como preceitos orientadores para a elaboração do procedimento, dispendo-se a lei a instituir uma estrutura processual que, teoricamente, seria capaz de tornar tais princípios palpáveis na vivência judiciária. Contudo, no plano fático do sistema jurisdicional, a instabilidade provocada pela ausência de defesa técnica incorre em nítido descumprimento não só dos fundamentos norteadores da Lei dos Juizados Especiais Cíveis como também do regulamento processual vigente no país.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido ofensa à Constituição Federal na Lei nº. 9.099/1995 (ADI 1.539), a ausência de advogado no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis provoca inegável desequilíbrio ao processo, conferindo à parte não assistida uma situação de vulnerabilidade que acaba por infringir o princípio constitucional do devido processo legal.

A mencionada vulnerabilidade que acomete o litigante decorre, principalmente, da ausência de conhecimento técnico para conduzir sua pretensão junto ao Judiciário. Conforme extrai-se das considerações expostas, durante o trâmite processual de uma ação ajuizada sem a assistência de um advogado são verificados diversos obstáculos para o cumprimento dos atos processuais dentro dos parâmetros válidos, sendo exigido o desempenho de deveres atípicos tanto das partes como dos magistrados e dos serventuários da justiça.

Os variados ajustes empregados na condução do processo propõem-se a deter a inferioridade da parte desacompanhada de advogado e, assim, assegurar a efetivação dos preceitos instituídos pela Lei nº. 9.099/1995. Entretanto, sob a perspectiva prática, as novas atribuições introduzidas no rito não se mostram capazes de suprir a atuação deficitária do litigante que ingressa em juízo sem defesa técnica, deixando de lograr êxito em afastar a clara ofensa ao princípio da isonomia processual no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Nesse contexto, confere-se que, ainda que a lei tenha implementado mecanismos e ferramentas processuais com o objetivo de garantir legalidade e eficiência ao procedimento instituído, a experiência da prestação jurisdicional denota que a insuficiência técnica, evidenciada tanto nos litigantes como no sistema judiciário, obsta o cumprimento dos ditames legais da norma.

Ao conferir caráter facultativo à representação por advogado, a Lei nº. 9.099/1995 se compromete a oferecer um instrumento simples e menos oneroso de acesso à justiça, porém o instituto do *jus postulandi*, no modelo processual vigente no país, apresenta-se agravado de bloqueios procedimentais que impedem o alcance da finalidade jurídica pretendida, de modo a prejudicar a qualidade do serviço jurisdicional prestado, passando a macular a sua efetividade.

11. REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manuel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico a consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

AMARAL, Márcio Alfredo da Cunha. **Jus Postulandi figura meramente decorativa**. 25 mai. 2009. Disponível em: <http://www.artigonal.com/doutrinaartigos/juspostulandi-figura-meramente-decorativa-936197.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Diário Oficial da União Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 9.099, 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 7.244, de 7 de novembro de 1984.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de novembro de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7244.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, volume I. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume II. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: Temática processual e reflexões jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITE, Maria Auxiliadora Sobral. Juizados especiais cíveis: processo de conhecimento, In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER, Fredie (coord.). **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional.** Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº. 1.539-8.** Ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385535>. Acesso em: 10 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 set. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre a atuação dos litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 35, n. 127, p. 47-58, ago. 2015. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Vulnerabilidade-de-litigantes-sem-advogado-nos-Juizados.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

UBERIZAÇÃO E OS IMPACTOS NA RELAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

FELIPE CAMELO AYRES:
Graduando do Curso de Direito da
Universidade Estadual do Tocantins
– UNITINS.²²³

MURILO BRAZ VIEIRA²²⁴

(coautor)

RESUMO: O processo Uberização surge no momento de difusão de um novo modelo de prestação de serviços, consistente em uma economia de compartilhamento de transporte de pessoas mediante a utilização de aplicativo de mobilidade, denominado UBER. O presente artigo irá se debruçar sobre os elementos configuradores de uma relação empregatícia, tendo por objetivo o estudo acerca da existência ou não do vínculo entre os agentes da relação – motoristas de aplicativo e a empresa UBER. Com a utilização de uma pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, chega-se à conclusão de que o reconhecimento do vínculo empregatício, apesar de ser um tema controvertido na seara trabalhista, e por não haver jurisprudência consolidada acerca da temática, fica a cargo do judiciário a sua análise. E dessa feita, mediante a decisão inédita da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que reconheceu pela existência do vínculo empregatício entre motorista de aplicativo e a UBER, caminhando assim, para que se torne este o entendimento pátrio no que se refere a prestação de serviços junto a UBER.

Palavras chaves: Motoristas de aplicativo. Prestação de Serviço. UBER. Uberização. Vínculo Empregatício.

ABSTRACT: The uberization of work's process arises at the time of diffusion of a new model of service provision, consisting of an economy of sharing transportation of people through the use of a mobility application, called UBER. This article will focus on the elements that configure an employment relationship, with the objective of studying the existence or not of the link between the agents of the relationship - application drivers and the company UBER. With the use of a doctrinal and jurisprudential bibliographic research, it's concluded that the recognition of the employment relationship, despite being a controversial topic in the labor field, and because there is no consolidated jurisprudence on the subject, it's up to the judiciary to your analysis. And this time, through the unprecedented decision of the 3rd Panel of the Superior Labor Court, which recognized the existence of the employment

²²³ E-mail: felipecamelo@unitins.br.

²²⁴ Professor (UNITINS e FASEC). Advogado. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT).
E-mail: murilo.bv@unitins.br.

relationship between the application driver and UBER, thus moving towards this becoming the national understanding with regard to the provision of services with UBER.

Keywords: Application drivers. Service Delivery. UBER. Uberization of work. Employment Bond.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Requisitos Legais da Relação de Emprego; 3. Dinâmica de Prestação de Serviços entre a UBER e os Motoristas Parceiros; 4. Análise Jurisprudencial acerca da Uberização; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho urge de grandes revoluções, e nessa feita, uma nova transformação da forma de laborar se faz presente nessa pós-modernidade. Conquanto, que com um trabalho automatizado, os direitos trabalhistas estão constantemente sendo postos a prova, deixando assim, o trabalhador sem qualquer tipo de garantia em uma relação de emprego.

É nesse movimento pós-modernidade, onde cada vez mais as de relações de emprego estão sendo desmanteladas, e com isso as garantias trabalhistas, de forma que o lucro da empresa prepondera, em detrimento dos direitos dos trabalhadores, ficando a parte mais vulnerável desta relação, sem o mínimo de resguardo quanto aos seus direitos.

O processo denominado de Uberização, difundido pela empresa UBER, com a prestação de serviços de transporte particular, prega uma certa autonomia aos seus prestadores, mediante a utilização da plataforma tecnológica. Onde por meio de uma programação algorítmica, muda drasticamente os entes da relação, tendo em vista que aqui quem está a direcionar a prestação de serviços é a própria plataforma tecnológica, operacionalizada por um ser humano que programa esses algoritmos que viram a direcionar o prestador de serviço, surgindo assim uma nova faceta da subordinação jurídica.

Está pautado num processo de autonomia, de controle da prestação de serviço pelo próprio trabalhador, distanciando do papel de subordinação clássica e da venda da força de trabalho. Esse processo ganha força com o desemprego em ascensão, onde os trabalhadores veem como meio acessível, a fim de conseguirem auferir renda, sem que estivessem subordinados a um ente empregador, mesmo que sem resguardos dos direitos trabalhistas na presente relação.

Assim, utilizando-se dos impactos gerados pelo processo da Uberização na relação empregatícia existente entre os motoristas de aplicativo e a empresa UBER, de forma que, no presente processo, há certo desequilíbrio nesta relação, pois o empregador acaba

sobressaindo, em detrimento do seu prestador, deixando a cargo deste todos os riscos existentes na relação.

O objetivo geral desta pesquisa cinge-se em demonstrar e responder a existência ou não do vínculo empregatício entre os motoristas cadastrados com a empresa UBER, a partir do estudo de caso do julgamento do acórdão da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nº **1000123-89.2017.5.02.0038**, Relator Ministro Breno Medeiros, e o acórdão da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nº **100353-02.2017.5.01.0066**, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado.

Dessa forma, o presente trabalho será dividido em 4 capítulos, sendo que o primeiro virá a tratar dos requisitos legais da relação de emprego, tendo em vista que estes são exigidos e se fazendo presentes na relação, se reconhecerá o vínculo empregatício. No segundo capítulo, será apresentado o conceito de transporte por aplicativo, pormenorizando o seu histórico, acerca do processo de criação, até a sua chegada ao Brasil. No capítulo terceiro, verificaremos como se dá a dinâmica de prestação de serviço entre os motoristas de aplicativo com a plataforma digital. E por fim, no quarto e último capítulo, iremos nos debruçar na análise do estudo de caso dos acórdãos de nº **1000123-89.2017.5.02.0038** e **100353-02.2017.5.01.0066**, onde buscaremos analisar como tem sido enfrentado a matéria no presente sistema e quais foram as teses suscitadas.

Por fim este trabalho, tem por uma abordagem de pesquisa qualitativa, sendo utilizado um levantamento bibliográfico doutrinário e análise de decisões proferidas pelas turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

2.REQUISITOS LEGAIS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Há uma séria distinção entre a relação de trabalho da relação de emprego no âmbito do Direito do Trabalho. De forma que se utiliza como parâmetro que a relação de trabalho, é gênero, se referindo assim, a todas as relações jurídicas, onde se teria por foco central a prestação da força de trabalho do seu prestador, logo, estaria esta englobando a relação de emprego como uma de suas espécies.

De fato, a relação empregatícia enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (*elementos fáticos-jurídicos*), sem os quais não se configura a mencionada relação.”²²⁵

²²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *RELAÇÃO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO*. In: **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. rev. São Paulo: LTr, 2019. cap. CAPÍTULO IX, p. 337.

De igual modo, se tem que estes referidos elementos - pessoalidade, pessoa física, onerosidade, não eventualidade e subordinação -, surgem no mundo dos fatos, onde não necessariamente estão jungido pelo Direito, por isso tecnicamente são considerados como sendo elementos fáticos, porque se fazem presentes na relação, porém enquanto não reconhecidos, não possuem qualquer relevância sociojurídica. 226

Maurício Godinho Delgado assevera que "conjugados todos esses elementos fáticos-jurídicos, em uma relação socioeconômica, surge para estes a relação de emprego".²²⁷ De igual modo, esses elementos fáticos estudados pela doutrina, são discriminados pelo ordenamento pátrio, no seu art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas.²²⁸

Os elementos fáticos, segundo a doutrina pátria consistem em cinco, sendo: (i) o trabalho que é prestado por **pessoa física**, mediante a pessoalidade, e, (ii) o trabalho é efetuado de uma forma **não eventual**, (iii) o trabalho com base na **onerosidade** e (iv) o trabalho realizado mediante **subordinação** ao tomador dos serviços.

Como primeiro elemento fático jurídico temos a **Pessoa Física**, que virá a explorar sua energia de trabalho, em vista que assim, se configure a relação empregatícia. Desse modo, remete-se apenas a figura do empregado e não a do empregador, conforme determina o art. 2º da CLT.²²⁹ Contudo, tem-se que a pessoa jurídica poderá prestar serviço, porém sem a pessoalidade, uma vez que nem sempre que se pactua uma prestação, o serviço é desempenhado de forma pessoal.²³⁰

De igual modo, o requisito anterior vem a ser complementado pelo elemento-fático da **Pessoalidade**, em que o empregado é contratado com base em suas próprias características e atributos, de forma que, venha o próprio a desempenhar as funções que

226 *Idem.*, p. 338.

227 *Ibidem.*, p. 338.

228 Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Vide: BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**, Rio de Janeiro, 1 maio 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 25 set. 2021.

229 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

230 ROMAR, Carla Tereza Martins. RELAÇÃO DE EMPREGO. *In*: **Curso de Direito do Trabalho Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. cap. PARTE II - DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, p. 131.

foram pactuadas, e não por terceiro que não esteja integrado a esta relação de prestação de serviço. Ao que Luciano Ramirez, atribui um caráter de “*intransferibilidade*”.²³¹

Delgado (2019) seguindo nesta mesma definição, acrescenta que este requisito, sendo ele essencial para a configuração da relação de emprego, tem por caráter de “*infugibilidad*”, ou seja, o trabalhador que pactuou uma relação jurídica, deve a cumprir, pois o contrato tem por caráter “*intuitu personae*”, pois o serviço é contratado na própria pessoa do empregado, não podendo ser substituído. Pois, caso venha a ser substituído, descaracteriza a relação empregatícia, por não haver o presente elemento fático jurídico.

Ademais, que caso se faça presente uma substituição intermitente, não há que se falar na presença do requisito da pessoalidade, pois, este aspecto que tem por desempenho na figura do próprio prestador não está se cumprido, e, desta feita torna a circunstância da relação impessoal e fungível a figura do prestador. Por fim, não restando caracterizada a relação empregatícia.²³²

Em contrapartida Carlos Henrique Bezerra Leite²³³, aduz que embora leva-se em conta que o trabalho deva ser prestado pessoalmente, quando o próprio empregador admite a sua substituição, o referido elemento fático não será afastado, tendo em vista a manifestação, a ciência, do ente empregador.

O segundo elemento consiste na **Não Eventualidade** que tem por atribuição que o trabalhador desempenhe de forma não eventual, porém continuada o trabalho, a qual fora pactuado.

Observe-se que a doutrina não conseguiu chegar a um conceito fechado ao referido elemento fático da não eventualidade, de modo tal: por outro lado, muitos doutrinadores pormenorizam que esteja este elemento, diretamente ligado às atividades prestadas pelo empregador, bem como ao seu empreendimento.

[...] a não eventualidade pressupõe repetição do serviço, **com previsão de repetibilidade futura**. Isso quer dizer que o empregado não precisa trabalhar continuamente (todos os dias), mas deve a atividade se repetir naturalmente junto ao tomador dos serviços,

231 MARTINEZ, Luciano. RELAÇÃO DE EMPREGO E CONTRATO DE TRABALHO. *In*: **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. cap. Parte 4, p. 53.

232 DELGADO, Maurício Godinho. RELAÇÃO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO. *In*: **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. rev. São Paulo: LTr, 2019. cap. CAPÍTULO IX, p. 339

233 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO: CRITÉRIOS DISTINTOS DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. *In*: **CURSO de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. cap. CAPÍTULO I, p. 209.

ainda que de forma intermitente, para que possa ser considerada não eventual.²³⁴

Nesta mesma premissa, temos que a não eventualidade se pautaria no processo que não seja realizado diariamente o serviço, mas se espera que a prestação do serviço seja concretizada, pois gera a expectativa de retorno, de permanência da obrigação pactuada. Assim, passando para análise do terceiro elemento fático, a **Onerosidade** que se faz presente mediante a disponibilização da força de trabalho, no preposto de que havendo a vontade de ser contratado, de se tornar empregado, sob a égide do pacto de prestação de serviço, há a promessa de pagamento.

[...], o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem [...]. [...] *Deve a onerosidade, portanto, ser enfocada sob a perspectiva do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego.*²³⁵

Desta feita, ocorre que tendo o prestador de serviços a intenção de se vincular àquele serviço que fora pactuado, no intuito de perceber certo valor pelos serviços prestado, já se faz presente o elemento fático jurídico da onerosidade. Tendo em vista, que o seu único intento é de ganhar pelo seu labor, restando assim, por configurado a relação empregatícia.

Além do mais, este elemento tem por enfoque de estudo as dimensões objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva pauta-se na premissa de que a onerosidade se faz presente, quando da prestação de serviços, há o seu pagamento por seu empregador. De forma antagônica, a dimensão subjetiva figura na missiva de existindo pacto laboral, o obreiro gera a expectativa de que haja uma contraprestação, de modo que, o referido pacto já surge com base nessa intenção.²³⁶

O quarto e último elemento fático-jurídico, possuindo maior parcimônia no quesito do reconhecimento do vínculo empregatício, consiste na **Subordinação**, que levando em conta a sua etimologia, temos que está calcada na sujeição ao cumprimento de ordem

234 RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**: Relação de Emprego e Relação de Emprego. 8. ed. São Paulo: Método, 2020. 74 p.

235 DELGADO, Maurício Godinho. RELAÇÃO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO. *In*: **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. rev. São Paulo: LTr, 2019. cap. CAPÍTULO IX, p. 346.

236 ROMAR, Carla Tereza Martins. RELAÇÃO DE EMPREGO. *In*: **Curso de Direito do Trabalho Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. cap. PARTE II - DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, p. 136.

transmitida ou repassada por terceiro. De igual forma, tem-se que conforme preceituado pelo o art. 3º da CLT, aufere ao elemento fático o caráter de dependência, surgindo este como meio balizador entre os entes da relação empregatícia.

Há quem sustente que a subordinação decorre da situação de “dependência” (CLT, art. 3º) do empregado em relação ao empregador. Todavia, parece-nos que o empregado não é “dependente” do empregador, e sim, a sua atividade laboral (física, mental ou intelectual) é que fica num estado de sujeição ao poder (diretivo, mental e disciplinar) do empregador, sendo que este critério é, para a maioria dos doutrinadores, o mais relevante, dentre os demais para caracterizar a relação empregatícia.²³⁷

A subordinação decorre da pactuação de um contrato, onde nas palavras de RESENDE²³⁸: “o empregador exerce o poder diretivo, do qual decorre o poder de direcionar **objetivamente** a forma pela qual a energia de trabalho do obreiro será disponibilizada.”

Assim, complementado o entendimento anterior, Delgado²³⁹, afirma que a subordinação deriva de um contrato de serviços, onde o prestador, virá a acolher o direcionamento do seu empregador/tomador, insurgindo assim, a prestação do trabalho. De igual posto, assevera que em detrimento desta subordinação há uma certa limitação contratual da autonomia de vontade do trabalhador, em razão do próprio contrato de trabalho. Vindo, a esboçar uma visão objetiva, bem como subjetiva do requisito da subordinação.

A subordinação é encarada sob um *prisma objetivo*: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a *visão subjetiva* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). [...]240

237 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO: CRITÉRIOS DISTINTIVOS DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. In: **CURSO de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. cap. CAPÍTULO I, p. 211.

238 RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**: Relação de Emprego e Relação de Emprego. 8. ed. São Paulo: Método, 2020. 74 p. 76.

239 DELGADO, Maurício Godinho. RELAÇÃO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO. In: **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. rev. São Paulo: LTr, 2019. cap. CAPÍTULO IX, p. 349.

240 *Idem.*, p. 349-350.

Nessa esteira RESENDE²⁴¹ ensina que:

esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, [...]. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. [...].

Enquanto se reconhece que a subordinação está de tal modo, atrelada à figura do prestador e não do seu empregador, reconhece-se, também, que há um caráter de dependência, mesmo que de forma, não residual, visível, mas que existe a possibilidade do tomador dos serviços, vir a intervir nas atividades que estão sendo desempenhadas pelo seu prestador.

DELGADO²⁴² traz que a subordinação em sua dimensão Clássica, está adstrita ao referido contrato de trabalho, vide ao obreiro seguir as ordens e a direção do seu empregador no concernente ao desempenho da prestação laborativa. Contundente é o entendimento de GAIA²⁴³, em que determina que essa subordinação em seu aspecto Objetivo, é concebida pela mudança da perspectiva, onde há a “integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação do trabalho”.

Assim, é em detrimento desse aspecto objetivo da subordinação, que tem papel primordial para a aferição da existência da relação empregatícia. Entrementes que, referente a subordinação Estrutural, que envolve os trabalhadores que se encontram inseridos, direta ou indiretamente a estrutura produtiva do seu empregador, onde se encontram atrelados a atividade desempenhada, e, não mais a relação entre o prestador e seu empregador. Segundo DELGADO²⁴⁴, a subordinação estrutural consiste: “pela

241 BARROS, 6.ed., p. 268 apud RESENDE, 2020, p. 76.

242 DELGADO, Maurício Godinho. *RELAÇÃO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO*. In: **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. rev. São Paulo: LTr, 2019. cap. CAPÍTULO IX, p. 352.

243 ROMITA, 1979, p. 82 apud GAIA, 2020, p.170.

244 DELGADO, Maurício Godinho. *RELAÇÃO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO*. In: **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. rev. São Paulo: LTr, 2019. cap. CAPÍTULO IX, pg. 354 apud DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*, *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p. 667.

inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.”

Além do mais, que em detrimento de todos os elementos fáticos que se fazendo presente em uma determinada prestação de serviços, poderá vir a configurar e ser reconhecida a relação empregatícia.

Em virtude das novas concepções de negócios jurídicos, um novo conceito de subordinação jurídica, surge, perfazendo aquelas relações onde se tem pelo uso da tecnologia, como meio de prestação de serviços.

É nessa perspectiva que a Legislação Celetista incorporou em seu art. 6º, parágrafo único, o que se autodenomina como subordinação disruptiva, telemática. De modo que, reconhece que o emprego de tecnologias, referente ao controle de trabalho, por meios telemáticos, de comando, controle e supervisão, se equiparam ao controle pessoal do trabalho.²⁴⁵

GAIA²⁴⁶, assevera que esta subordinação jurídica disruptiva com enfoque no uso de aparatos tecnológicos, havendo de tal modo, a vinculação do empregado ao seu empregador, em que se utilizando desses meios tecnológicos, há uma dependência em virtude da sua força de trabalho para o desempenho de suas atividades, em que exercerá o papel de controle sobre o trabalhador.

Define-se que as tecnologias disruptivas estão atreladas a novas formas de prestação de serviços, desvinculando de tal modo, com os tradicionais meios de produção, em detrimento da inserção de novos meios de condutas consideradas até então inovadoras.

GAIA²⁴⁷ pormenoriza que a subordinação disruptiva:

consiste na progressiva substituição das empresas de intermediação de mão de obra por plataformas virtuais, que conectam diretamente o tomador final com o prestador pessoal do serviço, que passa

245 Art. 6º [...] Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. Vide: BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, 1 maio 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 27 out. 2021.

246 GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 310.

247 CHAVES JÚNIOR, 2017, p.102 apud GAIA, 2020, p. 307.

também a ser o detentor das ferramentas de trabalho – mas não propriamente dos meios de produção.

Torna-se evidente que, em virtude da inserção dessas novas tecnologias, estas urgem como meio integrador, onde a prestação de serviços já não mais contratada perante o empregador, mas mediante a própria plataforma. Dessa forma, havendo requisição de uma prestação de serviços, a própria plataforma, virá a conectar ao seu prestador, que possui todos os meios para o desempenho do trabalho.

Ademais, que esta subordinação disruptiva, também se apresenta como sendo uma Subordinação por Algoritmos, onde o controle das prestações de serviços, é exercida mediante o uso de programação algorítmicas, tal qual, determina o art. 6º, em seu parágrafo único, da CLT. Nesse modelo de subordinação, não há a participação direta do empregador ou mesmo de seus subordinados, tendo em vista que os comandos gerados para o exercício das atividades, concernentes a prestação contratada é operada mediante as programações geradas, pelo preposto, já determinando os desempenhos que lhe é inerente aos serviços prestados, bem como os objetivos que se espera do seu trabalhador.

Neste passo, o trabalhador se encontra vinculado a esta programação algorítmica, em vista de que estes algoritmos fornecem dados, influenciando de tal modo, a execução dos serviços prestados, para que assim, possa haver aferição de vantagens, consistindo em uma nova configuração de trabalho. Além do mais, que esta subordinação consiste em uma nova configuração de trabalho, onde a sua subordinação está atrelada aos algoritmos emitidos pelo sistema.

Entrementes que, em virtude da programação emitida pelo empregador, sendo este o provedor de tal plataforma/sistema, com base nos seus objetivos postulados, exerce o controle do trabalho prestado pelo obreiro, em que fica este subordinado a tais algoritmos emitidos pela plataforma. E neste passo, PIREs248 acrescenta que:

[...] a tecnologia endereçada aos aplicativos de serviços não revela efetivo rompimento do emprego, mas tão-somente novo revestimento da subordinação. Esse revestimento, apesar de sofisticado – por usar algoritmos como sistema de controle – não resiste a uma análise de conteúdo sem que se perceba, claramente, os velhos elemento de sujeição/subordinação.

Ocorre que, em face da utilização de algoritmos, ainda subsome-se o controle pessoal do empregador, em face dos seus trabalhadores, não configurando assim, uma

248 REIS; CORASSA, 2017, p. 158 apud PIREs, 2019, p. 156. Disponível em: <
https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta_o_de_mestrado_elisa_guimar_es_brand_o_pires.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2021.

nova relação de emprego. Mormente que o controle, ainda se faz presente, em detrimento que os trabalhadores ainda se encontram atrelados a estrutura da atividade de seu empregador, subordinados, mediante o sistema de algoritmos utilizados pelo seu empregador.

Além do mais que, aqui os trabalhadores controlados mediante o uso de algoritmos, estão submetidos a um controle automatizado, sendo imposto sistema de objetivos a serem seguidos, e caso não venham a supri-los, correm o risco de serem desligados da plataforma tecnológica:

Esta é a direção por objetivos. A partir da programação, da estipulação de regras e comandos preordenados e mutáveis pelo seu programador, ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para realizar os objetivos assinalados pelo programa. Os trabalhadores, nesse novo modelo, devem estar mobilizados e disponíveis à realização dos objetivos que lhe são consignados. 249

Nessa esteira ao trabalhador é dado uma certa autonomia, consistente na escolha do horário em que se dará a prestação de serviço, a sua frequência, tendo em vista que não há prejudicialidade ao ente empregador ou até mesmo interferência nos objetivos do empreendimento.

Dessa feita, internalizados em uma programação de controle pelo seu ente empregador, são comandados mediante os sinais emitidos pela plataforma, e ainda pelos objetivos impostos, subsumindo-se no que se autodenomina em uma "autonomia na subordinação" ou "liberdade programada".

Corroborando o exposto, PIRES²⁵⁰ assevera que essa autonomia na subordinação, consiste no fato de que o trabalhador prestará seus serviços com base nas regras impostas pelo sistema. Uma vez que, apesar de não estar recebendo ordens, não possuem total liberdade na sua forma de laborar, mas exercem o que se espera com base no que foi programado. Assim, com base nos algoritmos que são constantemente reprogramados, geram o resultado esperado, sem que seja necessário direcionar ordens diretas de seu tomador.

249 CARELLI, 2017, p. 140 apud PIRES, 2019, p. 156. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta_o_de_mestrado_elisa_guimar_es_brand_o_pires.pdf >. Acesso em: 4 nov. 2021.

250 CARELLI, 2017, p. 141 apud PIRES, 2019, p. 156. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta_o_de_mestrado_elisa_guimar_es_brand_o_pires.pdf >. Acesso em: 4 nov. 2021.

Em face de não haver mais uma direção de comandos da forma como deve se dar a prestação de serviços, nem mesmo uma fiscalização direta do ente empregador ao seu empregado, se mantém o controle e direcionamento, mediante a programação algorítmica, consistindo em uma nova roupagem ao tipo de subordinação jurídica.

Assim, estas novas configurações do elemento fático da subordinação jurídica, ainda se encontram permeadas de incertezas jurídicas, não havendo uma definição pacífica entre doutrinadores, acerca de sua configuração como elemento determinante para a caracterização do vínculo empregatício.

3. DINÂMICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ENTRE A UBER E OS MOTORISTAS PARCEIROS

A plataforma UBER se trata de uma economia sob demanda, onde explora mão de obra humana, mediante o uso de sua plataforma, a fim que os seus consumidores finais possam se utilizar desta prestação de serviço para se deslocarem nos grandes centros urbanos.

GAIA²⁵¹ traz que economia sob demanda (*on-demand*) consiste: "a um modelo de negócio em que as novas tecnologias na Internet permitem que as plataformas virtuais disponham de grandes grupos de prestadores de serviços, os quais ficam à espera de uma solicitação do serviço de um consumidor."

A UBER se define como sendo uma alternativa aos empregos de motoristas tradicionais, de forma que, há uma oportunidade de ganhos de modo flexível, pois, os motoristas, escolherá o seu modo de trabalhar, não havendo a imposição da empresa acerca de horários. Traz ainda, slogans do tipo: "ganhe dinheiro a qualquer hora, em qualquer lugar", "faça o seu próprio horário", "dirija quando quiser", "sem escritório ou chefe", "você decide quanto quer ganhar e dirigir", transpassando de que há um poder de escolha, de autonomia do labor, tudo isso corroborado para atrair novos motoristas.²⁵²

Os prestadores de serviço, são autodenominados como "parceiros", e para que possam começar a operar na plataforma UBER, devem realizar um cadastro prévio na plataforma, enviando assim, a sua CNH com a observação de que exerce atividade remunerada (EAR), onde a própria plataforma com base nessa informação, virá a verificar se o candidato é elegível ou não ao cargo de motorista. E após ser aprovado, deverá

²⁵¹ SIGNES, 2017, p.30 apud GAIA, 2020, p. 222.

²⁵² UBER. Brasil. DIRIJA PELO APP DA UBER: você escolhe quando quer ganhar dinheiro. Dirija quando quiser. Disponível em: < <https://www.uber.com/br/pt-br/s/d/join/> >. Acesso em: 8 nov. 2021.

encaminhar a CRLV do seu veículo próprio ou caso não tenha poderá vir a alugar, junto as locadoras parceiras da UBER.²⁵³

A relação de trabalho entre a UBER e os motoristas, apresentados como “parceiros”, apresenta dinamismo típico da sociedade pós-modernidade. A dinâmica de trabalho somente é possível em razão do desenvolvimento tecnológico, que mantém os clientes, os trabalhadores e a plataforma integrados em estrutura reticular.²⁵⁴

O que se tem é que nessa nova face de trabalho com a utilização da plataforma, o prestador final estando disponível, e subordinado a plataforma tecnológica, em virtude de uma solicitação de corrida por um usuário, é que virá a prestar o serviço de transporte, ou seja, há o direcionamento do seu labor.

O trabalho realizado pelos motoristas operado mediante o uso da plataforma, é fiscalizado por meio do sistema de GPS, e, dessa forma, que redistribui as corridas para os motoristas parceiros, não havendo qualquer participação do prestador do serviço na escolha dos usuários que o solicitam, sendo tudo determinado e distribuído pela plataforma.²⁵⁵

GAIA²⁵⁶ assevera que a plataforma UBER mediante seu poder disciplinar, como meio de fiscalização da forma como está sendo realizada as prestações de serviços contratados, poderá vir aplicar punições, que poderão chegar a meras advertências ou até a própria desativação da conta do motorista.

De igual modo, temos que a plataforma operada mediante algoritmos, dirige a forma que o trabalho será prestado, em vista de que é por meio dela que, se dá as solicitações de corrida de forma automatizada, a quantidade de aceitações e de cancelamentos, dos preços consistentes em tarifas dinâmicas, dos incentivos para os motoristas, das avaliações dos serviços prestados, e por fim, das penalidades aplicadas aos seus prestadores.²⁵⁷

253 UBER. Brasil. REQUISITOS PARA OS MOTORISTAS PARCEIROS. Como dirigir com a Uber. Disponível em: < <https://www.uber.com/br/pt-br/drive/requirements/> >. Acesso em 7 nov.2021.

254 GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho**: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 234.

255 *Idem.*, p. 218.

256 *Ibidem.*, p. 230.

257 PIRES, Elisa Guimarães Brandão. **APLICATIVOS DE TRANSPORTE E O CONTROLE POR ALGORITMOS**: repensando o pressuposto da subordinação jurídica. Orientador: Dra. Livia Mendes Moreira Miraglia. 2019. Dissertação (Mestre) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte,

GAIA258, aduz que por meio de uma fiscalização e cobrança pela plataforma UBER, detentora do aplicativo, perante os motoristas parceiros, se utiliza da programação algorítmica, a fim de mantê-los ativos e a disposição na plataforma.

A fazer com que os motoristas parceiros se mantenham ativos na plataforma, gerindo a prestação por meio da programação algorítmica determina o percentual de taxas de corridas que podem vir a cancelar e aceitar, servindo como instrumento de controle. Tendo assim, total influência em determinar a continuação ou não das prestações de serviço perante a plataforma. E de certa forma, poderá acarretar ao motorista a sua suspensão ou até mesmo o seu desligamento.

Observa-se um poder diretivo, tendo em vista que ao motorista não lhe é dado o poder de escolher, de direcionar a forma do labor, pois, a própria plataforma impõe quais os trajetos terão que se deslocar e até mesmo os usuários que devem ser atendidos.

Ainda, a própria plataforma operacionalizada, oferece prêmios aos motoristas que possuem uma certa quantidade de corridas realizadas ou até mesmo das horas em que se manteve ativo na plataforma, tudo isso com a finalidade de fazer com que os motoristas trabalhem mais, em momentos em que o contingente de solicitações é menor ou mesmo em horários de picos. Vindo, a própria UBER impor quem está qualificado ou não para receber tal promoção.²⁵⁹

Ademais que, os valores das corridas são fixados pela própria UBER, observando assim, a distância que será percorrida e o tempo gasto. Vide, que a própria plataforma se utilizando dos algoritmos precifica os valores das corridas a serem cobrados, denominado "preço dinâmico". Essa precificação dos serviços não possui qualquer participação dos prestadores dos serviços, os autodenominados motorista parceiros. Podendo sofrer qualquer tipo de modificações conforme seja estabelecido pela UBER.

Esse preço dinâmico, consiste na oferta e a demanda de motoristas, a fim de que seja o valor determinado e assim, consiga equilibrar a oferta de motoristas e as solicitações dos usuários. Além do mais que, esse preço dinâmico tem por finalidade, incentivar que os

2019. p. 154. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta_o_de_mestrado_elisa_guimar_es_brand_o_pires.pdf >. Acesso em: 7 nov. 2021.

258 GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho**: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 233.

259 UBER. Brasil. PROMOÇÕES E COMO ELAS FUNCIONAM: 'A Uber informará quando você se qualificar para uma promoção. As promoções estão sujeitas a restrições. As restrições e os termos serão compartilhados com você na promoção ou na ferramenta específica. A Uber se reserva o direito de alterar ou cancelar qualquer promoção, incluindo, entre outros, os requisitos de qualificação para promoções.' Disponível em: < <https://www.uber.com/br/pt-br/drive/how-much-drivers-make/> >. Acesso em 08 nov. 2021.

seus motoristas se deslocem até determinadas áreas, a fim de que haja um contingente de prestadores disponíveis.²⁶⁰

Sendo que a plataforma realizará o cálculo do valor a ser pago, após o término da corrida, que será pago mediante dinheiro ou cartão previamente cadastrado na plataforma, e assim, o motorista receberá o pagamento pela viagem realizada. De todo modo, desse valor precificado, será descontado a taxa de intermediação com a UBER, que pode variar num percentual de 20% a 25% do valor bruto da corrida, tudo isso dependendo da categoria a que o motorista está vinculado e da solicitação do serviço.²⁶¹

Por derradeiro temos que, a dinâmica de prestação de serviços se dá mediante uma subordinação do motorista ao ente empregador, a plataforma UBER, que direciona a forma em que se dá prestação. Posto, que não há qualquer ingerência dos motoristas parceiros, que estão atrelados aos direcionamentos, já programados pela própria plataforma, por meio dos algoritmos.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA UBERIZAÇÃO

A empresa UBER - processo nº **1000123-89.2017.5.02.0038**262 -, interpôs recurso visando a reforma da decisão proferida pela 15ª Turma do TRT- 2ª Região, na qual se reconheceu pela existência dos requisitos configuradores da relação de emprego entre os motoristas e a empresa UBER. De forma que, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - (TST), reconheceu que mediante a prova testemunhal do motorista há autonomia na prestação de serviço.

Em suma aduz que a possibilidade de ficar *offline* traduz em certa flexibilidade em determinar a forma que virá a prestar os serviços, e que dessa forma, essa autonomia é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem por pressuposto a subordinação. Tendo reconhecido que entre os entes da relação fora pactuada uma intermediação digital, se utilizando assim, da plataforma fornecida pela empresa UBER. Cujo trecho do referido acordo se faz transcrever:

Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar "off line", sem delimitação de tempo, circunstância que indica a

²⁶⁰ UBER. Brasil. Perguntas e Respostas sobre o Preço Dinâmico. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/blog/aracaju/perguntas-e-respostas-sobre-o-preco-dinamico/> >. Acesso em: 4 nov.2021.

²⁶¹ UBER. Brasil. Como a UBER funciona: guia para novos usuários. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/ride/how-uber-works/> >. Acesso em: 04 nov 2021.

²⁶² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Agravante: Marcio Vieira Jacob. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Brasília, DF. Processo 1000123-89.2017.5.02.0038. Data de Julgamento: 05/02/2020. Data de Publicação: 07/02/2020. Disponível em: < [file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20(4).pdf) >. Acesso em: 4 nov. 2021.

ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo.²⁶³

Além do mais que, levou-se em conta que o percentual de 75% a 80% do valor pago pelo usuário é superior ao que se considera admissível para caracterização da relação de parceria. De forma que, o referido trecho do acordão em questão, traz como fundamento para o não reconhecimento do requisito da onerosidade, o seguinte:

[...], uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego.²⁶⁴

Ressalta que as avaliações dos motoristas pelos usuários, configuram apenas em uma ferramenta de *feedback*, a fim de se manter a qualidade da prestação de serviços do condutor, e que o descredenciamento dos motoristas mal avaliados, tem por finalidade a confiabilidade e a qualidade dos serviços prestados.

Dessa forma, baseado nas razões expostas, reconheceu ofensa ao artigo 3º da CLT, e, dando-se provimento para que a sentença de 1º grau, que não reconheceu o vínculo de emprego fosse restabelecida.

Assevera-se que até a presente decisão anteriormente delineada, a temática da UBERIZAÇÃO na seara trabalhista, bem como no Tribunal Superior do Trabalho - (TST), se trata de um tema controvertido, tendo em vista não haver um consenso acerca do reconhecimento do vínculo de emprego entre a empresa UBER e os motoristas. Contudo, em julgamento da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - processo de nº **100353-**

263 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Agravante: Marcio Vieira Jacob. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Brasília, DF. Processo 1000123-89.2017.5.02.0038. Data de Julgamento: 05/02/2020. Data de Publicação: 07/02/2020, p. 20-21. Disponível em: < [file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20(4).pdf) >. Acesso em: 4 nov. 2021.

264 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Agravante: Marcio Vieira Jacob. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Brasília, DF. Processo 1000123-89.2017.5.02.0038. Data de Julgamento: 05/02/2020. Data de Publicação: 07/02/2020, p. 21. Disponível em: < [file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20(4).pdf) >. Acesso em: 4 nov. 2021.

02.2017.5.01.0066265 -, com voto inédito, pôs fim a divergência que até então prevalecia nos tribunais e varas do trabalho, posto que com o voto do Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, reconheceu-se pela existência da Relação de Emprego entre os motoristas de aplicativo e a empresa UBER.

No presente voto, o Ministro Mauricio Godinho Delgado inicia realizando uma análise acerca dos avanços tecnológicos que culminaram em uma nova roupagem na forma de prestação de serviços, e que dessa forma, visando dirimir o atual momento de desemprego, surge assim, um novo modelo de relação de emprego.

De igual forma, assevera que as empresas de plataformas digitais de economia compartilhada se distinguem em dois grupos, quais sejam: Disruptivas, sendo aquelas que conseguem se aproximar do seu consumidor final, sem que haja a intermediação dos serviços mediante trabalho humano organizado, o qual de todo modo, consiste em uma empresa de compartilhamento. Já com relação ao segundo grupo que se vendem como uma empresa de plataforma digital de economia compartilhada, em sua estrutura organizacional para que possam atingir a sua finalidade-fim, se utilizam do trabalho humano.

Reconheceu no presente acórdão que a empresa UBER não se trata de uma economia de compartilhamento, mediante que somente com a utilização da mão de obra e sofisticado sistema de algoritmos, que consegue atingir a sua finalidade empresarial que é o fornecimento de transporte e não a aproximação/interligação dos motoristas com os passageiros. Cujos trechos do referido acórdão vale a pena transcrever:

Ora, aqui não se trata das lídimas empresas da economia de compartilhamento. Trata-se de sistemas empresariais digitais que, mediante sofisticado sistema de algoritmos, conseguem realizar uma intensiva utilização de mão de obra com o fito de alcançarem o objetivo empresarial de fornecerem transporte imediato a pessoas e coisas. E assim o fazem sem o cumprimento da ordem jurídica constitucional e legal trabalhista.²⁶⁶

[...]

265 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

266 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022, p. 40. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

Assim, embora não se desconheça que a Empresa desenvolve tecnologias como meio de operacionalizar seu negócio, ela, efetivamente, administra um empreendimento relacionado à prestação de serviços de transporte de pessoas – e não mera interligação entre usuários do serviço e os motoristas cadastrados no aplicativo.

[...]

O que a prova coligida no processo e referenciada pelo acórdão recorrido demonstrou que a Reclamada administra um empreendimento relacionado ao transporte de pessoas – e não mera interligação entre usuários do serviço e os motoristas cadastrados no aplicativo – e que o Reclamante lhe prestou serviços como motorista do aplicativo digital.²⁶⁷

Reconheceu a existência do requisito da pessoalidade na relação de emprego, tendo em vista que, a prestação do serviço de transporte foi realizada por uma pessoa humana, e que no presente caso a Reclamante, o qual realizou cadastro junto a empresa UBER, fornecendo dados pessoais e bancários, se encontrando submetido a avaliação dos usuários, bem como a empresa controlava a qualidade da prestação e serviço. Além do mais, reconheceu que não desnatura o requisito da pessoalidade a contratação de novos prestadores de serviços, restando por demonstrado a infungibilidade da prestação de cada sujeito da relação pactuada.

Em sentido contrário ao acórdão da 5ª Turma em que não reconheceu o requisito da onerosidade, tendo em vista que o percentual recebido pelo motorista, é incompatível com a configuração de relação empregatícia. A 3ª Turma, reconheceu ser indiferente o elevado percentual recebido pelo prestador de serviços, cujos trechos transcrevo:

No caso dos autos, o caráter oneroso do trabalho executado decorre da constatação de uma sistemática de pagamento pela prestação de serviços, adotada pela Reclamada, cujo critério era o repasse de cerca de 70/80% do valor pago pelos passageiros/clientes à empresa, por meio da plataforma digital (aplicativo).

Pontue-se, a respeito desse elemento fático-jurídico, conforme enfatizado pelo Ministro Alberto Bresciani, em seu voto vistor

267 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022, p. 44. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

juntado aos autos, que a onerosidade mostra-se indubitavelmente presente "uma vez que o reclamante era pago pela empresa e a percentagem elevada a ele atribuída explica-se pelo fato de arcar com todos os custos do transporte (manutenção do veículo, gasolina, provedor de internet, celular)".²⁶⁸

E quanto a não eventualidade, reconheceu que, o desempenho do labor se encontrava vinculada a atividade da empresa, não havendo qualquer caráter de transitoriedade na prestação, e, que se encontrava a empresa sob o controle. Valendo transcrever o seguinte trecho:

Nesse contexto, a inexistência de cláusula contratual a prever jornada de trabalho mínima ou a exclusividade na prestação de serviços não tem relevância para enquadrar o labor como habitual ou eventual, na medida em que tal compreensão se extrai da prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços – a qual, no caso concreto, converge para a constatação de inegável labor habitual e contínuo do Reclamante durante os quase dois meses da relação jurídica existente. Além disso, nesta hipótese concreta, não houve prova de que o Obreiro estivesse conectado a outros aplicativos ou empregados.²⁶⁹

Por fim, o último requisito configurador da relação empregatícia, a Subordinação, a mais controvertida no que se refere a configuração da relação de emprego, fora reconhecida. De modo que, em detrimento do acórdão da 5ª Turma que reconheceu que havia autonomia na prestação de serviços, em virtude da possibilidade de ficar *offline*, a 3ª Turma, levou-se em conta a existência de uma quarta dimensão, denominada subordinação algorítmica, e que apesar de o motorista ser o principal mantenedor dos encargos para desempenho da prestação, não seriam capazes de configurar uma relação autônoma. Dessa forma, os seguintes trechos do referido acórdão da 3ª Turma se fazem necessário transcrever:

Agregue-se, se não bastasse, uma quarta dimensão da subordinação, dita algorítmica – própria do novo contexto empresarial, em que o

268 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022, p. 45. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

269 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022, p. 47-48. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

empresário passa a usar uma pletera de mecanismos telemáticos, computadorizados, internáuticos, hiperminuciosos e sensíveis a quaisquer movimentos dos seres humanos e máquinas envolvidos na dinâmica ou órbita de interesse do empreendimento estruturado. Trata-se da denominada subordinação algorítmica, [...]. Ao mencionar a subordinação algorítmica no caso concreto, o Ministro Alberto Bresciani enfatiza "destaque para o fato de que a flexibilidade na escolha do horário de trabalho não significa autonomia, constituindo mera cláusula do contrato de emprego. Tanto que o reclamante foi desligado como punição, com base em avaliações".²⁷⁰

[...], no caso dos autos, os fatos retratados no acórdão regional demonstram que o trabalho do Reclamante era efetivamente controlado pela Empresa, que assumia integralmente a direção sobre a atividade econômica e sobre o modo de realização da prestação de serviço, inclusive com a manifestação disciplinar do poder empregatício.²⁷¹

[...]. Saliente-se, por oportuno, que a suposta liberdade para definir seus horários de trabalho e de folgas, para manter-se ligado, ou não, à plataforma digital, bem como o fato de o Reclamante ser detentor e mantenedor de um instrumento de trabalho – no caso, o automóvel utilizado para o transporte de pessoas –, a par de um telefone celular, são circunstâncias que, considerado todo o contexto probatório, não têm o condão de definir o trabalho como autônomo e afastar a configuração do vínculo de emprego.²⁷²

270 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022, p. 50. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

271 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022, p. 50-51. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

272 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022, p. 52. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

E assim, reconheceu-se a existência de todos os requisitos elencados no 3º da CLT, configurando-se o vínculo de emprego entre o motorista e a empresa UBER, e determinando o retorno ao Juízo da Vara de Trabalho, a fim de ser examinado os pedidos postulados pelo motorista/reclamante, em sua petição inicial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de Uberização difundido pela plataforma UBER, consistente na inserção dos meios tecnológicos como parte integrante de uma prestação de serviços, e dessa forma, urge como meio de precarização do trabalho, tendo em vista que, aos seus prestadores não há o resguardo dos direitos abarcados pela legislação trabalhista. Ademais que, ao pregar uma certa autonomia ao seu prestador, os riscos do empreendimento lhe é imposto, em detrimento dos lucros auferidos, e assim, assevera pela inexistência de qualquer vínculo empregatício entre os entes da relação.

Tem-se que, esta autonomia não passa de uma direção fantasiosa, mormente que estão os trabalhadores sendo dirigidos por algoritmos, mediante a programação da plataforma, sendo assim direcionados, por meio do poder disciplinar da programação na forma em que a sua prestação de serviço deve vir a ser desempenhada, não dando margem de escolhas na condução da prestação de serviços ao seu empregado.

A subordinação dentre todos os elementos fáticos para o reconhecimento da relação de emprego, é o que possui uma maior relativização no seu conceito, bem como na sua aplicabilidade, pois, com estas novas concepções de trabalho, novas roupagens da subordinação jurídica surgem. Dessa forma, urge como meio de dirimir essa situação, por via judicial, a fim de tentar se reconhecer a existência de vínculo de emprego, bem como dos direitos trabalhistas.

Dessa forma, o cerne da pesquisa acaba sendo respondido, tendo em vista que cada vez mais há o dissenso entre os julgadores de se reconhecer pela existência da Relação de Emprego, do vínculo empregatício, entre os motoristas e a UBER, tendo em vista que até então varas do trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho reconhecem pelo vínculo de emprego, porém, as turmas do Tribunal Superior do Trabalho (vide o processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038, da 5ª Turma) na análise dos casos firmaram o entendimento da inexistência de vínculo, pois, ausentes os requisitos configuradores do vínculo de emprego. E dessa feita com o voto do Ministro Mauricio Godinho Delgado da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – única turma do TST em que se reconheceu pela existência do vínculo de emprego -, caminhando para que haja a consolidação do reconhecimento da existência do vínculo empregatício no que se refere a prestação de serviços perante a plataforma UBER.

Outrossim que a Relação de Emprego se configura mediante a existência dos requisitos do artigo 3º da CLT, tais como: pessoalidade, habitualidade, onerosidade e

subordinação jurídica. Assim, tem-se que a personalidade se faz presente quando há a pactuação com o trabalhador acerca da prestação dos serviços de motoristas, bem como a apresentação de documentos, entrevistas, a fim de que este seja admitido como um prestador. A onerosidade configura-se no momento em que havendo a prestação, há remuneração do usuário ao aplicativo UBER, e este mediante uma porcentagem transfere o valor ao motorista. Além do mais que, a plataforma induz o motorista ficar o máximo de tempo *online*, a fim de atender um percentual de usuários, com o intento de receber bonificações determinadas pela própria plataforma. Por fim, temos a subordinação jurídica, em que se encontra o prestador, na figura do motorista, atrelado aos algoritmos programados pela própria plataforma, sendo dessa forma dirigido e monitorado no seu labor.

Logo, conclui-se que, a simples intermediação entre os usuários e os motoristas não afasta a configuração da relação de emprego, pois, em que pese seja vendida como uma economia de compartilhamento, fica a cargo da plataforma a discriminação dos valores das corridas, bem como o exercício do poder disciplinar, sendo primordial na condução dos serviços dos motoristas pela UBER, configurando assim, tal relação empregatícia. Mormente que fica a cargo do motorista apenas fazer a prestação do serviço de transporte, não havendo qualquer tipo de participação efetiva deste nos serviços prestados.

6.REFERÊNCIAS

_____. BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de Maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ. 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 4 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS. Brasília, DF. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Data de Julgamento: 06/04/2022. Data de Publicação: 11/04/2022. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Agravante: Marcio Vieira Jacob. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Brasília, DF. Processo 1000123-89.2017.5.02.0038. Data de Julgamento: 05/02/2020. Data de Publicação: 07/02/2020. Disponível em: < [file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/RR-1000123-89_2017_5_02_0038%20(4).pdf) >. Acesso em: 4 nov. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **RELAÇÃO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO.** *In: Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. rev. São Paulo: LTr, 2019. cap. CAPÍTULO IX.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho**: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO: CRITÉRIOS DISTINTIVOS DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. *In*: **CURSO de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. cap. CAPÍTULO I.

MARTINEZ, Luciano. RELAÇÃO DE EMPREGO E CONTRATO DE TRABALHO. *In*: **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. cap. Parte 4, p. 53.

PIRES, Elisa Guimarães Brandão. **APLICATIVOS DE TRANSPORTE E O CONTROLE POR ALGORITMOS**: repensando o pressuposto da subordinação jurídica. Orientador: Dra. Lívia Mendes Moreira Miraglia. 2019. Dissertação (Mestre) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: < https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta_o_de_mestrado_elisa_guimar_es_brand_o_pires.pdf >. Acesso em: 4 nov. 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**: Relação de Emprego e Relação de Emprego. 8. ed. São Paulo: Método, 2020. 74 p.

ROMAR, Carla Tereza Martins. RELAÇÃO DE EMPREGO. *In*: **Curso de Direito do Trabalho Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. cap. PARTE II - DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, p. 136.

UBER. Brasil. Como a UBER funciona: guia para novos usuários. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/ride/how-uber-works/> >. Acesso em: 04 nov 2021.

UBER. Brasil. DIRIJA PELO APP DA UBER: você escolhe quando quer ganhar dinheiro. Dirija quando quiser. Disponível em: < <https://www.uber.com/br/pt-br/s/d/join/> >. Acesso em: 8 nov. 2021.

UBER. Brasil. PROMOÇÕES E COMO ELAS FUNCIONAM: A Uber informará quando você se qualificar para uma promoção. As promoções estão sujeitas a restrições. As restrições e os termos serão compartilhados com você na promoção ou na ferramenta específica. A Uber se reserva o direito de alterar ou cancelar qualquer promoção, incluindo, entre outros, os requisitos de qualificação para promoções. Disponível em: < <https://www.uber.com/br/pt-br/drive/how-much-drivers-make/> >. Acesso em 08 nov. 2021.

UBER. Perguntas e Respostas sobre o Preço Dinâmico. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/blog/aracaju/perguntas-e-respostas-sobre-o-preco-dinamico/> >. Acesso em: 4 nov.2021.



UBER. Brasil. REQUISITOS PARA OS MOTORISTAS PARCEIROS. Como dirigir com a Uber. Disponível em: < <https://www.uber.com/br/pt-br/drive/requirements/> >. Acesso em 7 nov.2021.

OS EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS PRÁTICAS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

DARIANA SAMARA BARBOSA DE SOUSA MAIA:

Graduanda em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

SAMARA GOMES DE SOUSA²⁷³

(Coautora)

Gilberto Antônio Neves Pereira da Silva²⁷⁴

(Orientador)

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece o direito à convivência familiar, assegurando que a criança esteja protegida da violência e de qualquer outro tipo de opressão, sendo esta uma obrigação da entidade familiar para com a criança. Contudo, quando há uma separação de casal que envolva filhos menores, a legislação vigente passou a adotar o instituto da Guarda Compartilhada para uma melhor harmonia do convívio da criança com seus respectivos genitores. No entanto, a Guarda Compartilhada nem sempre é desenvolvida de forma harmoniosa, passando a gerar conflitos entre o casal e dificultando a convivência do menor com o genitor alienado. Dessa forma, é possível perceber o surgimento da alienação parental, onde o genitor alienador utiliza-se do filho para atingir de forma negativa o genitor alienado, prejudicando a relação parental da criança envolvida. Desse modo, esse tema ganhou notoriedade no ano de 2020 com o início da pandemia da Covid-19 no Brasil, tornando-se um assunto relevante, pois diante do alto índice de contágio do novo vírus, houve uma necessidade da realização de isolamento social, dificultando o instituto da Guarda Compartilhada. Assim, o presente artigo busca analisar os efeitos da pandemia da Covid-19 no exercício da alienação parental, utilizando-se de estudos bibliográficos que envolvem o Direito de Família brasileiro promovendo o uso do método dedutivo e dialético.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Alienação Parental. Covid-19.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Tratamento Legal Da Entidade Familiar; 2.1 As Obrigações Decorrentes Do Poder Familiar; 2.2 As Implicações Da Guarda Compartilhada; 3 Os Prejuízos Do Abuso Da Guarda Compartilhada; 3.1 As Implicações Da Alienação Parental;

²⁷³ Graduanda em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. E-mail: samara_sgs25@hotmail.com.

²⁷⁴ Mestre em Direito pela Universidade Pontifícia do Rio Grande do Sul e Docente do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. E-mail: gilberto0814@gmail.com.

3.2 As Consequências Previstas Na Lei 12.318/10; 4 Os Reflexos Da Pandemia Na Alienação Parental; 5 Conclusão; Referências

1 INTRODUÇÃO

A Guarda Compartilhada nem sempre ocorre de forma harmoniosa e os indivíduos passam a ter conflitos e a realizar desmoralização em desfavor do outro. Tal atitude caracteriza a alienação parental, tendo como conceito a conduta que é promovida pelo alienador, com o objetivo de dificultar a convivência do menor com o genitor alienado. Em outras palavras, é quando o pai ou a mãe utiliza-se do filho para atingir de forma negativa o outro genitor (LIMA FILHO, 2010).

Então, podemos falar que a alienação parental é um assunto relevante e atual para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que tal assunto teve seu surgimento com a Lei de nº 12.318 que foi promulgada no dia 26 de agosto de 2010. Desse modo, com as novas atualizações que foram impostas ao direito de família, surgiram também, novos problemas abrangendo o direito da criança e do adolescente. Problemas estes que ganharam força maior no período de pandemia vivenciado pelo Brasil no ano de 2020.

Portanto, com a crescente pandemia da Covid-19 no Brasil no início do ano de 2020, foi necessário estabelecer condutas protetivas para o enfrentamento do novo coronavírus. Assim, com a recomendação da implantação do distanciamento social como medida protetiva para impedir o alastramento do vírus, provocou impactos significativos nas configurações familiares e conseqüentemente nas relações dos pais e dos filhos que conviviam em situação de guarda compartilhada.

Tendo em vista o isolamento forçado provocado pela pandemia do coronavírus, o presente artigo tem como intuito abordar os efeitos trazidos durante a pandemia da Covid-19 nas práticas de alienação parental. Pois é certo que, com o isolamento social, a harmonia da guarda compartilhada tornou-se complexa devido à restrição do convívio entre as pessoas passar a ser limitado, provocando um aumento nas práticas de alienação parental e o descumprimento da Lei 12.318/10.

Este tema, possui bastante relevância pois, interfere diretamente no desenvolvimento da criança e do adolescente, que futuramente são indispensáveis na formação da sociedade e principalmente, na formação daquele indivíduo. Uma vez que, os conflitos causados pela alienação parental podem provocar no indivíduo diversos traumas e transtornos futuros que podem vir a dificultar o convívio em sociedade e conseqüentemente interferir no desenvolvimento do bem comum.

A metodologia utilizada na elaboração deste artigo, foi baseada em levantamentos bibliográficos e em doutrinadores que discorrem acerca do tema abordado, principalmente na área do Direito de Família. Além da análise da Lei 12.318/10 e os reflexos trazidos pela pandemia da Covid-19 nas relações entre pais e filhos que se encontram em situação de guarda compartilhada.

Por conta disso, a Lei da Guarda Compartilhada de nº 13.058 de 2014, surge com o objetivo de cessar os conflitos provocados pela alienação parental dentro das relações familiares, e ainda, contribuir para que a convivência dos ex-cônjuges e dos filhos sejam dadas de forma harmoniosa. Dessa forma, auxilia na formação da criança e do adolescente perante a sociedade, evitando traumas e transtornos futuros.

Por fim, é necessário a discussão do tema em enfoque deste trabalho, dando relevância aos reflexos causados pela pandemia do Covid-19 nas relações de alienação parental, analisando julgados que abordam a guarda compartilhada e a alienação parental em tempos de pandemia.

2 O TRATAMENTO LEGAL DA ENTIDADE FAMILIAR

A vida formada em pares é um fato natural do indivíduo que se unem de uma forma química biológica, apesar disso, a família é um agrupamento informal que se forma espontaneamente no meio social, a qual a sua estrutura se faz através do direito. Portanto, não importa que posição o indivíduo ocupa na família, nem mesmo qual espécie de grupo familiar está vinculado, o importante é o pertencer a sua essência familiar, e fazer parte daquele lugar idealizado onde possa integrar os sentimentos, esperanças, valores e se sentir que está no caminho para realização de seu projeto de felicidade (DIAS, 2016).

Portanto, temos que a formação da sociedade deu-se em torno da estrutura familiar e em um determinado momento na história o intervencionismo estatal instituiu o casamento como regra de conduta, para conseguir organizar os vínculos interpessoais através desta convenção social. Por conta disso e da evolução social, o direito de família deu uma amplitude maior em sua incidência normativa, regulamentando não somente o casamento, mas também, todo e qualquer arranjo familiar, em seus aspectos pessoais ou patrimoniais (GAGLIANO, 2019).

Assim, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 revolucionou de forma grandiosa o Direito de Família brasileiro, tendo como base a família plural, que possui várias formas de constituição, a igualdade na filiação jurídica (que antes era dotada de preconceitos) e a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres. Desse modo, a Constituição expandiu o conceito de família e permitiu o reconhecimento de

outros modelos de arranjos familiares, que de certa forma, não eram formados obrigatoriamente pelo casamento, estendendo assim, a mesma proteção as relações criadas pela união estável e às famílias monoparentais. Dessa forma, a pluralidade familiar foi levada em conta pelo texto constitucional e não devendo ser desconsiderada diante dos demais modelos de núcleo familiar (MADALENO, 2020).

2.1 As obrigações decorrentes do poder familiar

Com o advento do Código Civil de 2002, a expressão “pátrio poder” foi substituída por poder familiar, que é exercido por ambos os pais. Anteriormente, este poder era praticado unilateralmente pelo pai, entretanto, hoje, este poder refere-se às relações jurídicas existentes entre o pai e a mãe sem distinção. Dessa forma, o poder familiar, nesse aspecto, tem como princípio a proteção dos filhos menores, e ainda, a conservação da convivência de todos os membros do grupo familiar através do diálogo, compreensão e entendimento, não podendo haver supremacia (VENOSA, 2004).

Com isso, para o Estado o importante é o bom desempenho dos pais sobre os filhos, por isso, é imprescindível impor normas sobre esta relação. Ressalta-se, que o caput do artigo 227 da Constituição Federal traz no seu texto, os direitos em favor da criança e do adolescente que devem ser garantidos no exercício do poder familiar. Dentre esses direitos temos em evidência a conservação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, “à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade e muitos outros essenciais para o crescimento e desenvolvimento da criança em sociedade. Ademais, no Estatuto da Criança e do Adolescente esses direitos tornam-se ainda mais evidentes, como no artigo 22 da Lei 8.069/90. Por este meio, o Estado impõe sua autoridade regulamentando os direitos essenciais para a criança e ao adolescente, não substituindo de certa forma, a autoridade dos pais para com seus filhos (RIZARDO, 2004).

Nesse sentido, estas normas impõem as responsabilidades que os pais possuem sobre seus filhos, garantindo os direitos previstos pela legislação brasileira, e ainda, estabelecendo a forma como os pais devem agir e as determinadas consequências da omissão dessa responsabilidade. Portanto, o poder familiar é indisponível, não podendo ser transferido para terceiro mesmo por iniciativa dos titulares, que tenham vínculos decorrentes da paternidade natural ou legal. E ainda, o poder familiar é indivisível e imprescritível, ou seja, possuindo obrigações legais quando os pais são separados e não pode ser extinto, mesmo que não impossibilitado de ser exercido por alguma circunstância, salvo em hipóteses legais (VENOSA, 2004).

A legislação garante igualdade de condições ao pai e à mãe para o desempenho do poder familiar, de acordo com as disposições legais impostas pelo Código Civil. Logo, assegura a qualquer dos pais, em caso de discordância das obrigações impostas, o direito de recorrer às autoridades jurídicas competentes para solucionar tais divergências, de acordo com o artigo 21 da Lei 8069 de 1990.

Em vista disso, havendo a separação judicial dos cônjuges, os mesmos continuam como titulares do poder familiar, isto significa, que o genitor que não possuir a guarda da criança na separação, ainda fica obrigado a cumprir o exercício do poder familiar em conjunto com o genitor responsável. Com isso, o poder familiar é exercido em condições iguais, e havendo discordância das partes, o caso deverá ser levado para o poder Judiciário que tomara as providências e soluções necessárias da melhor maneira, observando sempre o bem-estar da criança envolvida.

2.2 As implicações da guarda compartilhada

Segundo Lobo (2011), a guarda consiste na posse do filho, ou seja, em tê-lo em sua companhia, e a partir disso, exercer os encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do mesmo. Com isso, a guarda representa a responsabilidade dos pais, ou de terceiros, em relação aos filhos que deles possuem a guarda e exercem direitos e deveres que são especificados na legislação vigente.

Quando o Código Civil de 2002 entrou em vigor não previa expressamente a guarda compartilhada. Assim, somente com a Lei 11.698/2008 que modificou a guarda prevista pelo Código Civil, foi possível instituir a guarda compartilhada no Brasil e o legislador conseguiu definir a preferência legal em caso de divergência entre os genitores.

No entanto, mesmo antes da Lei em comento, a guarda compartilhada já era aplicada nos casos em que os genitores entravam em consenso no ato da dissolução do casamento ou relação, de acordo com o artigo 1.583 do Código Civil de 2002: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” (BRASIL, 2002)

A guarda compartilhada pode ser requerida tanto de forma autônoma por um dos cônjuges ou em consenso entre eles. Com isso, o juiz levará em conta as necessidades do menor, podendo decretar de ofício a guarda, dando importância a distribuição do tempo para cada um dos pais e o convívio da criança com estes, segundo o artigo 1.584, caput, do CC. Nesse mesmo sentido, Paulo Lobo ensina que:

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui (LOBO, 2011, p. 199).

A guarda compartilhada é uma ótima solução para evitar os conflitos familiares, pois dessa forma o menor possui uma oportunidade de conviver com os seus genitores de maneira equilibrada, não dando margem para que um dos pais construa uma imagem distorcida do outro genitor. Assim, a guarda de forma compartilhada proporciona uma vivência igualitária da criança com os pais e evita a criação de falsas memórias implantadas pelo genitor alienador.

3 OS PREJUÍZOS DO ABUSO DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o surgimento da guarda compartilhada na Lei 13.058 de 2014, provocou alteração nos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), esta é a guarda que melhor garante os interesses da criança e do adolescente. Esse instituto é assegurado a ambos os genitores que estejam em plena condição de exercer a guarda do menor de forma compartilhada, com isso, é disposto pelo artigo 1.583, § 2º, do CC que “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (BRASIL, 2014).

Ainda sobre a guarda da criança, o Supremo Tribunal Federal, se pronunciou em 1967 de forma genérica sobre a importância que a guarda compartilhada possui na manutenção da relação dos filhos com os pais, assim vejamos:

O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não

permitam que se desfaça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe (RE 60.265-RJ).

Portanto, a guarda conjunta ou compartilhada, segundo Maria Berenice Dias (2006), significa mais prerrogativas aos pais, de modo estarem mais presentes com uma intensidade maior na vida dos filhos. Assim, com uma maior participação no desenvolvimento dos filhos é possível uma maior responsabilidade, proporcionando sentimentos verdadeiros nesta relação. Com isso, o intuito é manter os laços afetivos na relação pais e filhos, de forma a minorar os efeitos psicológicos e morais que a separação acarreta na vida da criança, e ainda, garantir o exercício da função parental de forma igual entre os genitores. Com a finalidade de preservar o direito da criança e os deveres dos genitores e evitar as irresponsabilidades da guarda individual.

No cenário da guarda unilateral, a alienação parental torna-se mais presente porque a criança passa a conviver mais com um dos genitores, portanto, a guarda compartilhada é de certa forma importante para coibir a alienação parental ou diagnosticá-la precocemente, não havendo uma situação de disputa entre os pais com relação aos filhos. Pois, ao instituir a guarda compartilhada a criança terá a convivência com ambos os pais, evitando a influência de um sobre o outro.

3.1 As Implicações da Alienação Parental

A dissolução conjugal se inicia na esfera psicológica causando uma crise pessoal nos cônjuges, onde são levadas em conta as questões relativas aos conflitos afetivos e emocionais, para logo em seguida passar para a esfera jurídica. Nessa esfera, é ocorrida as resoluções práticas, no entanto não põe fim aos problemas relacionados a esfera psicológica (MADALENO, 2018).

É importante destacar o conceito de alienação parental trazida pelo artigo 2º da Lei 12.318/2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Assim, pode-se dizer que as separações dos cônjuges são formadas por angústias, incertezas e redirecionamentos tanto para os genitores quanto para os filhos. Desse modo, é natural que, principalmente a criança que se encontra na condição de dependente físico e psíquico, vivencie um processo de perda dos pais. Isso repercutirá no desenvolvimento emocional da criança e é bastante importante que esse litígio seja conduzido da melhor maneira pelos cônjuges (MOLINARIA; TRINDADE, 2011).

Ainda sobre o processo de perda que a criança sofre na separação dos pais, Trindade e Molinari (2011), ressaltam a importância do diálogo entre os pais e os filhos como forma de minorar os efeitos negativos do divórcio. Portanto, é necessário que os pais conversem com seus filhos de forma clara e honesta a respeito das mudanças, pois a desinformação pode provocar criações de fantasias sobre a separação e gerar mais conflitos, visto que na grande maioria das vezes, os filhos possuem o sentimento de medo do abandono pelos pais e levam a culpa pela causa do divórcio dos cônjuges. Grande parte das crianças ainda em desenvolvimento, não conseguem entender a razão pela separação dos pais e acabam se culpando por achar que tudo que acontece é culpa delas, interpretando esta situação como um abandono e possuindo sempre o sentimento de culpa.

A prática de implantar uma falsa memória na criança, é considerado um abuso moral ao menor, que possui como intuito desconstruir ou prejudicar a imagem do outro genitor. O cônjuge alienador manipula a criança inventando histórias que não aconteceram ou maquiando a verdade, para que a criança com toda sua inocência acredite no que foi dito, desqualificando a imagem do outro genitor e fazendo com que a criança passe a odiá-lo.

Dessa maneira, é preciso reconhecer a síndrome da alienação parental como uma patologia jurídica que tem como principal característica o abuso do direito da guarda do menor. Nesse ponto, a maior vítima é sempre a criança ou adolescente, que passa a desenvolver sentimentos de ódio com quem tem laços afetivos de carinho, respeito, apresentando conflitos entre seus sentimentos ao ponto de romper o vínculo afetivo com quem ama. Nesse processo de distorção da realidade, a criança ou adolescente passa a olhar para um dos pais como totalmente bom e perfeito, sendo este o alienador, e o outro passa a ter a imagem de mau, caracterizando o pai alienado (DUARTE, 2009).

Portanto, a alienação parental é uma prática antiga e frequente que recentemente vem ganhando notoriedade, pelo motivo de gerar mais prejuízos ao psicológico e emocional da criança envolvida. Quando o poder parental é abusivo, o genitor alienador tem o objetivo de persuadir seus filhos a acreditarem em suas falas e opiniões. E ainda, ao se afastarem do outro genitor e sem entender a razão deste afastamento, os filhos criam

um sentimento de rejeição e abandono, não possuindo mais vontade de vê-lo. Em consequência disto, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sentimentos e reações em seu modo de agir (DIAS, 2015).

Portanto, esse cenário é bastante comum no cotidiano dos ex-cônjuges, onde um deles que possui sentimento de mágoa pelo fim do casamento e com o aspecto de pai/mãe separado, tenta de várias formas afastar o filho menor, denegrindo a imagem do outro e prejudicando o direito à visitas. Neste caso esta situação, em relação ao menor, é conhecida em termos doutrinários como “órfão de pai vivo” (GONÇALVES, 2012).

Com o privilégio de estar próximo à criança, o genitor alienador se aproveita desta condição para repassar seus sentimentos de mágoas para seu filho, fazendo com que a criança compartilhe deste sentimento, e com o passar dos anos ela internalize esses sentimentos, mesmo que de forma inconsciente, tomando toda essa situação como verdade. Com isso a criança, aos poucos, vai perdendo o respeito e carinho pelo genitor alienado, por causa da implantação de falsas memórias impostas pelo genitor alienador (DIAS, 2010).

Nesse contexto, é possível inferir que atualmente, as conjunturas familiares estão cada vez mais intensas. Anteriormente, a disputa pela guarda dos filhos, após o rompimento dos vínculos conjugais era de certo modo impossível, pois esse direito e o dever de guarda era atribuído à mãe, por outro lado, era resguardado ao pai apenas o direito de visita. Portanto, a prática da alienação parental contra um dos genitores, tendo o filho como uma arma e *múnus operandi*, tem a obrigação de ser reprimida pelo Estado, pois esta é uma forma de abuso do exercício do poder parental (SOUZA, 2014).

3.2 As Consequências Previstas na Lei 12.318/10

Com o surgimento da Lei de nº 12.318/2010, ainda é possível perceber com bastante frequência a prática de alienação parental, com isso, a sociedade e o poder jurídico tornam visíveis essas práticas para que sejam aplicadas sanções com o intuito de coibi-las. Desse modo, a lei em destaque proporciona instrumentos processuais para que seja utilizado pelos juízes com a finalidade de inibir ou diminuir os efeitos da prática de alienação parental. De tal maneira, a inversão da guarda entre os genitores, não possui o papel de punir o alienador, mas sim de proporcionar o melhor interesse à criança e ao adolescente, evitando o sofrimento de abusos psicológicos.

Assim, a Lei 12.318/2010, impõe medidas legais em casos que caracterizem os atos típicos de alienação parental ou qualquer outro tipo que dificulte a convivência da criança com o genitor. Essas medidas podem ser consideradas pelo juiz de forma cumulativa ou

não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal, de forma a utilizar-se de instrumentos processuais aptos para que seja inibido ou atenuado os efeitos conforme a gravidade dos fatos (BRASIL, 2010).

Ainda mais, segundo o artigo 5º da lei em comento, havendo alguma prova de prática de ato de alienação parental, o juiz poderá proferir a determinação de perícia psicológica ou biopsicossocial, sendo designado para o perito ou equipe habilitada. Dessa forma, a alienação parental, não é caracterizada com uma patologia, mas sim uma ação ou conduta de abuso psicológico, que produzem inúmeros prejuízos ao menor, sendo imprescindível a intervenção judicial (PEREZ, 2010).

Em sequência, o artigo 6º da lei 12.318/2010 impõe as sanções que o juiz poderá se dispor em caso de alienação parental. Essas medidas são de extrema necessidade para a prevenção e proteção da dignidade e integridade do menor envolvido. Neste caso, o caput deste mesmo artigo, aduz sobre a cumulatividade ou independência na aplicação das medidas. Por outro lado, os incisos e o parágrafo único expõem as medidas cabíveis quando caracterizada a alienação parental, como por exemplo: advertir o alienador; ampliar a convivência familiar com o alienado; multa; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; alteração da guarda ou para o outro genitor ou para guarda compartilhada; suspensão do poder familiar.

Seguindo a análise do artigo 6º da mesma lei, é possível perceber que entre as sanções que são aplicadas ao alienador, está presente a advertências pelos seus atos na aplicação de multa, aumento da convivência da criança com o genitor alienado, onde posteriormente pode se formar em uma reversão da guarda para o ex-companheiro alienado. Dessa forma, é importante que os pais tenham a consciência de sua autoridade perante seus filhos, percebendo os limites dessa autoridade, impondo valores além do sustento do menor.

De outro modo, aquele genitor que não possui o direito a compartilhar da guarda, é garantido pelo art. 1.589 do Código Civil o direito de visitas a criança, e ainda é assegurado a fiscalização da manutenção e educação de seus filhos. Nesse sentido, os genitores e a criança possuem o direito à convivência, à comunicação integral e à companhia, e ainda, este direito é visto como um dever do genitor que não detém a guarda em favor de seu filho. Assim, a legislação brasileira não adotou a suspensão ou interrupção das visitas em casos que demonstrem a inadimplência das obrigações alimentar por parte do genitor não detentor da guarda (CFP, 2019).

Dessa maneira, apesar da prática de ações do alienante com o intuito de afastar o genitor alienado do meio de convivência familiar com o filho, essa alienação proporciona ainda transtornos psicológicos que podem variar de acordo com cada criança, propiciando algumas consequências de modo mais grave principalmente na influência do desenvolvimento do menor em sociedade, tanto interpessoais quanto em aspectos pessoais (GOUDARD, 2008).

Por conseguinte, a advertência foi inserida na lei em comento pra produzir resultados de mero reconhecimento da alienação parental pelo judiciário, em que muitos casos, já é o suficiente para interromper a ação da alienação, influenciando ainda na prevenção desta prática. E ainda, em conjunto com a advertência, outra medida que pode ser imposta pelo juiz, é a ampliação da convivência com o genitor alienado, como assim prevê a Lei 12.318/10, pois a convivência com o genitor é algo que deve ser tratada como urgente, antes que se torne uma situação irreversível (BRASIL, 2010).

A legislação também dispõe da multa como sendo outra penalidade que pode ser adotada como medida coercitiva para o alienador. A multa tem como finalidade coibir o alienador de praticar o ato tido como ilícito, portanto, essa multa possui caráter judicial, enquanto a multa prevista no ECA possui caráter administrativo. Logo, a multa prevista no artigo 6º, inciso III da Lei 12.318/10 pode ser cumulada com a multa imposta pela ECA, prevista no artigo 249, deferida em processos diferentes.

Em sequência, o inciso IV do artigo 6º, prevê a aplicação do acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial. Assim, ao analisar o caso concreto o juiz poderá impor o acompanhamento a todos àqueles envolvidos no conflito de alienação familiar. Em vista disso, com base nos direitos fundamentais de convivência relacionados à criança e ao adolescente, o poder judiciário não só deverá reconhecer a alienação, como também interferir de forma eficaz na relação de abuso parental com o propósito de propiciar o melhor interesse do menor. No entanto, o problema maior seria o acompanhamento do caso pela equipe disciplinar, pois quando há o envolvimento de afeto, uma simples medida de sanção não resolve o problema em questão (CORREIA, 2011).

Por último, o parágrafo único ainda do artigo em questão, da mesma lei, prevê as mudanças abusivas de residência do genitor alienador com o propósito de dificultar ou tornar inviável o convívio familiar com a criança. Com isso, conforme explica o artigo, o juiz poderá "inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou o adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar". Ademais, os artigos da 7º e 8º da Lei 12.318/10 "vêm para dar arremate às medidas previstas" (HUGO; PIRES; COELHO, 2011)

Essas medidas impostas pela Lei 12.318/10 têm sido consideradas pelos Tribunais do Brasil, como é possível perceber no julgamento do STJ no REsp 1330172/MS:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL. RECURSO CABÍVEL PARA IMPUGNAR A DECISÃO PROFERIDA. EXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. FUNGIBILIDADE INAPLICÁVEL. ARTS. ANALISADOS: 162, §§ 1º E 2º, 522, CPC. (...) 2. Discute-se o recurso cabível para impugnar decisão que, no curso de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, declara, incidentalmente, a prática de alienação parental. 3. A Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC. 4. O ato judicial que resolve, incidentalmente, a questão da alienação parental tem natureza de decisão interlocutória (§ 2º do art. 162 do CPC); em consequência, o recurso cabível para impugná-lo é o agravo (art. 522 do CPC). Se a questão, todavia, for resolvida na própria sentença, ou se for objeto de ação autônoma, o meio de impugnação idôneo será a apelação, porque, nesses casos, a decisão encerrará a etapa cognitiva do processo na primeira instância. (...) . (STJ - REsp: 1330172 MS 2012/0061580-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2014)

Assim, pode-se partir da análise que esta lei veio para proteger os laços familiares que sofrem com a alienação parental, e ainda, para dar um norte aos casos que envolvem essa problemática que crescem cada vez mais no Brasil, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente. Dessarte, esta lei significou um importante avanço no combate à prática da alienação parental, apresentando punições a quem exerce e buscando preservar o convívio familiar e os laços afetivos entre os pais e filhos.

4 OS REFLEXOS DA PANDEMIA NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Diante do exposto, é possível perceber que a Lei 12.318/10 estabeleceu mecanismos que impedem os atos de alienação parental, visando uma proteção maior a criança e ao adolescente e preservando a continuidade dos laços familiares, como impõe o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, até mesmo diante de casos

excepcionais, como a pandemia da COVID-19, as decisões estão baseadas para melhor satisfazer o interesse do menor.

Seguindo as análises de decisões dos tribunais nesse período de pandemia ocasionado pela corona vírus observa-se ainda o posicionamento de algumas Cortes no sentido de preservar o convívio dos filhos com os genitores separados adotando medidas cabíveis para o período de pandemia. O uso da tecnologia foi favorável à manutenção dos laços afetivos do menor com os pais atendendo assim um dos direitos fundamentais, o direito à convivência familiar, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, tem-se o entendimento:

CIVIL, FAMÍLIA, AGRAVO DE INSTRUMENTO, CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. CONVERSÃO DA VISITAÇÃO PRESENCIAL EM VIRTUAL. PROVISÓRI. MEDIDAS SANITÁRIAS. RECURSO PROVIDO. 1. Agravo de instrumento contra decisão, proferida no cumprimento de sentença, que recebeu o cumprimento de sentença de obrigação de fazer, em relação ao direito de visitas do agravado, e determinou a intimação da executada para cumprir a obrigação imposta no acordo homologado, sob pena de multa. 1.1. A agravante pede que as visitas sejam realizadas de forma virtual diante o estado de pandemia ou suspensas. 2. O artigo 1.586 do Código Civil autoriza ao juiz a alteração de aspectos da guarda em nome do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. 2.1. No caso dos autos, é necessário seja ponderada a exposição da menor ao risco de contaminação no trajeto de uma residência para outra. 2.2. Soma-se ainda o fato de tanto a agravante, como também a esposa do agravado, estarem gestantes, portanto, fazem parte do grupo de risco. 3. Apesar da antecipação do recesso escolar, a medida de isolamento social possui função precípua de evitar exposição e reduzir a disseminação da corona vírus. 4. Tendo em vista o interesse existencial da menor, é imperiosa a reforma da decisão que determinou a intimação da executada para cumprir a obrigação imposta no acordo homologado, sob pena de multa, de forma que as visitas sejam realizadas de forma virtual. 5. Jurisprudência: O princípio da adstrição ou congruência determina que a resposta dada pelo Judiciário a uma demanda deve guardar estreita vinculação com aquilo que a parte pediu, não sendo lícito ao magistrado proferir

decisão sem que estejam diretamente relacionadas ao que foi pedido pelas partes. Revela-se descabido o pedido de inversão da guarda, formulado em sede recursal, pelo fato de a parte autora ter condicionado seu acolhimento à prova da ocorrência de alienação parental, não verificada na espécie. Demonstrado que o regime de visitação livre, estabelecido na sentença, não se coaduna com o estado de espírito das partes e é capaz de produzir constantes conflitos entre elas, a fixação de regime de visitas preestabelecido, requerido por uma das partes e aceito pela outra, é medida que se impõe. Em virtude das mediadas sanitárias atualmente adotadas pelas autoridades governamentais e das restrições delas decorrentes, e da constatação de que o menor é portador de problemas respiratórios, recomenda-se que as visitas sejam realizadas por via remota, enquanto perdurar a determinação de afastamento social. 6. Destarte, (...) “3. Mostra-se recomendável a estipulação, infante em ambiente virtual” (Procurador de Justiça Eduardo Albuquerque). 7. 6ª Turma Cível, Rel. Des. João Egmont, j. 12.08.2020).

Para melhor entender o assunto, é necessário analisar no caso concreto do julgamento de um caso, diante do contexto envolvido, que discute sobre a guarda compartilhada do menor e a consideração do melhor interesse para criança ou adolescente. Em consulta as jurisprudências em torno do assunto de alienação e guarda compartilhada, é possível perceber as medidas impostas para melhor atender o interesse da criança e do adolescente e as consequências punitivas do genitor que comete o ato ilícito.

Portanto, preocupado sempre com os direitos da criança, foi determinado pelo TJ-RS no dia 11 de setembro de 2020 a seguinte decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PRETENSÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA QUE A CRIANÇA PERMANEÇA JUNTO DA GENITORA, QUE NÃO DETÉM SUA GUARDA, DURANTE O PERÍODO DE SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES ESCOLARES. DESCABIMENTO. PANDEMIA DE COVID-19. RESTABELECIMENTO DAS VISITAS PRESENCIAIS.

1. Deferida a guarda provisória da filha comum dos contendores ao genitor, descabe autorizar que a criança permaneça com a genitora

durante o período de suspensão das atividades escolares, que nem sequer têm perspectiva de retorno. Isso significaria, em termos práticos, alterar a guarda da infante por período indefinido, o que resulta inviável frente ao conjunto probatório carreado aos autos, cujos elementos indicam que o genitor é quem reúne, ao menos por ora, as melhores condições de permanecer com a menor.

2. Apesar do risco de contágio decorrente da pandemia de Covid-19, não há razão para limitar, de modo absoluto, a convivência materna de forma presencial, na linha da orientação deste Colegiado sobre o tema, até mesmo porque não se sabe quando a atual situação pandêmica será superada. Nesse contexto, é cabível restabelecer as visitas presenciais nos exatos moldes definidos anteriormente no processo originário, competindo à genitora ter a cautela de adotar todas as medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades da área de saúde, e evitando expor a criança ao convívio de outras pessoas. (TJ-RS. AI 0065790-23.2020.8.21.7000. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 11/09/2020. Data da Publicação: 14/09/2020).

Isto posto, fica claro que o relator deu provimento ao recurso e acolheu o pedido da autora de reformar a sentença para atender, neste caso, a convivência materna de forma presencial, tendo em vista sempre o melhor interesse da criança envolvida. Nos autos dessa ação, a juíza tinha indeferido as visitas da mãe à filha, pois a mesma residia com o pai e seus avós paternos, os quais estes faziam parte do grupo de risco da COVID-19. No entanto, foi dado provimento ao recurso de agravo de instrumento acolhendo o pedido alternativo, com o intuito de restabelecer as visitas maternas presenciais em atendimento ao bem-estar criança e do adolescente.

Portanto, não restam dúvidas que em respeito ao princípio constitucional de garantia do melhor interesse do menor, o relator impôs e proferiu que o filho menor continuasse sob a guarda compartilhada de seus genitores, mesmo que tenha sido reconhecido a prática de alienação parental de um dos ex-cônjuges.

Diante da análise do julgado comentado acima, é possível fazer referência ao §2º do art.1.584 do Código Civil de 2002, e as principais alterações da Lei 13.058/2014. Percebe-se que é imposto como regra a aplicação da guarda compartilhada no arranjo familiar em que é ocorrido o divórcio dos genitores, pois ambos possuem a capacidade do exercício do poder familiar.

No entanto, com situação excepcional que se deu no final do ano de 2019, com o surgimento do coronavírus e a situação pandêmica, foi necessário aplicar medidas de afastamento social por recomendação da Organização Mundial de Saúde, onde impactou diretamente no convívio dos pais com seus filhos que vivenciam o instituto da guarda compartilhada. Assim, esse cenário de convívio familiar, alienação e guarda compartilhada passou a ser análise do judiciário brasileiro nos anos seguintes à pandemia da COVID-19.

A partir disso, o CNJ (2020) emitiu uma nota em sua própria rede social que possui como tema central o assunto da guarda compartilhada e as recomendações da OMS para prevenção do coronavírus, assim vejamos:

Em tempos de COVID-19, crianças e adolescentes não podem ter sua saúde submetida à risco devido ao cumprimento de visitas. Corroborando com a sugestão da CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, recomenda-se que o menor fique somente com um dos pais e as visitas sejam feitas por telefone ou internet. Em tempos de pandemia, a guarda compartilhada deve ser efetivada visando sempre ao melhor interesse e à proteção integral das crianças e adolescentes, devendo o judiciário atentar-se aos casos de alienação parental (CNJ, 2020, p. [Internet]).

Este mesmo assunto foi de forma clara tratada pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família (2020), mostrando que a pandemia trouxe novos assuntos do Direito de Família a serem tratados, principalmente os assuntos que envolve alienação parental que ficou bastante evidente nos tempos de pandemia. Assim, segundo Renata Cysne, Diretora Nacional do Instituto:

Embora a tecnologia hodierna apresente-se como ferramenta capaz de aproximar famílias no período de afastamento social, viabilizando o exercício equilibrado das responsabilidades parentais, não se pode descartar que o cenário pandêmico de COVID-19 acentue conflitos com o agravamento da dinâmica da alienação parental, visto que há a quarentena reduzindo a convivência familiar e a guarda compartilhada. Temos visto decisões que suspendem o exercício da convivência física durante o período de afastamento social, assim, é de grande relevância que a rede de proteção das crianças e dos adolescentes se mantenha atenta para situações em que os filhos

estejam expostos a violência psicológica e alienação parental (IBFAM, 2020).

Ante o exposto, é importante ressaltar que alienação parental é um assunto bastante constante no dia-a-dia dos pais e filhos que estão sob a guarda compartilhada e isso causa grandes prejuízos na formação e desenvolvimento do menor na sociedade. Não obstante, a pandemia trouxe ainda mais impactos nesse cenário de convivência familiar, uma vez que foi recomendado o distanciamento social. Pois, diante das recomendações impostas, o genitor alienador pode-se utilizar da desculpa do afastamento social para praticar a alienação parental, que é uma conduta potencializada ainda mais pelo o afastamento presencial do outro cônjuge, uma vez que o menor fica apenas com um, durante o período de isolamento social.

De acordo com o artigo 1.586 “havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles com os pais” (BRASIL, 2002). Assim, pode-se inferir que a pandemia do coronavírus é um exemplo de motivo grave, portanto, pode ser restringindo o contato físico dos genitores com seus filhos dependendo do caso em discussão.

Logo, nessa situação, Negrelli (2020) acredita que para quem se utiliza da alienação parental, o isolamento social obrigatório veio como uma desculpa perfeita para que o genitor alienador utilize deste meio para dificultar a presença do genitor alienado na vida do filho menor. Tal conduta é bastante delicada e merece um cuidado ainda maior nesse momento excepcional de pandemia. Assim, o autor explica que é preciso verificar se há realmente a necessidade do afastamento do filho de um dos genitores para preservação da saúde do menor. E se caso for necessário, deve ser utilizados os meios tecnológicos para minimizar a distância entre os pais e os filhos, e ainda propõe futuras compensações do tempo distante.

De certo modo, o cenário ideal para a preservação do melhor interesse do menor, é a convivência dos filhos com ambos os pais, ressalvados os casos aonde haja recomendação em sentido contrário, e que haja um consenso priorizando o bem estar e a saúde do menor, para que não haja espaço para utilizar os filhos como forma de vingança.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho deixou claro que é frequente a ocorrência da alienação parental na separação dos pais em que um deles esteja na guarda unilateral dos filhos, como já é notório, uma vez que o assunto é pertinente e bastante dialogado na comunidade social e científica, uma prática comum. Portanto, essa prática de alienação, se intensificou ainda

mais no período da pandemia do Covid-19, quando a criança passou a estar mais tempo com um dos ex-cônjuges.

No entanto, como foi visto, é possível a adoção do instituto da guarda compartilhada como meio eficaz para tentar inibir a prática a alienação parental contra a criança ou adolescente, colocando sempre como prioridade os interesses do menor.

Nesse aspecto, a guarda compartilhada vem evoluindo cada vez mais com o passar dos anos, possuindo sua legitimidade instituída por instrumento jurídico legal e buscar atender as demandas que envolvem alienação parental. No entanto, a guarda compartilhada necessita de estudos acadêmicos voltados para este cenário, com o intuito de que seja melhor aplicado nos conflitos familiares e em situações atípicas como a vivida na pandemia do coronavírus.

Logo, é importante o investimento e ampliação nos estudos voltados para os conflitos familiares e a aplicação da guarda compartilhada como meio viável para o combate da alienação parental. Pois com prática deste mal, é nítido a afronta aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, pois atinge diretamente a integridade emocional e psicológica da criança em desenvolvimento, e ainda, os deveres e valores protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, mesmo com a dissolução da vida conjugal, os pais ainda fazendo parte da base que constroem a personalidade da criança e este direito deve ser preservado. Nesse contexto é possível perceber a garantia e a preservação desse direito no ECA e na Constituição de 1988, no entanto, não possui especificações quanto a alienação parental. Com isso, foi promulgada a Lei 12.318/10 específica da alienação.

Portanto, esta Lei surgiu para proteger o direito da Criança e do Adolescente em situações de ocorrência de alienação parental, e ainda, impôs medidas protetivas específicas para estas situações. É importante ressaltar que esta lei possui como objetivo maior a manutenção da convivência familiar de forma harmoniosa e, o mais importante, garantir o melhor interesse da criança e do adolescente para que tenha um ótimo desenvolvimento.

No cenário da pandemia do coronavírus, foi possível observar um aumento dos conflitos envolvendo a guarda da criança e a alienação parental. Isto deu-se pela falta de consenso entre os pais separados e a recomendação do isolamento social, sendo um excelente pretexto para o cônjuge desenvolver a prática da alienação parental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF. Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007/2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: Mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.330.172-MS (2012/0061580-6)**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Brasília, 11 de março de 2014. Publicação: DJe 17 de março de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24988802/recurso-especial-resp-1330172-ms-2012-0061580-6-stj>>. Acesso em: Mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Agravo de Instrumento: AI 0065790-23.2020.8.21.7000**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Rio Grande do Sul, 11 de setembro de 2020. Publicação: 14 de setembro de 2020. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925870497/agravo-de-instrumento-ai-70084274315-rs/inteiro-teor-925870516>. Acesso em: Mar. 2022

CORREIA, Eveline de Castro. Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 04/03/2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=713>. Acesso em Mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e alienação parentam: realidades que a justiça insiste em não ver. Coordenação Maria Berenice Dias. 2 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Família**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos Filhos na família em litígio**. 3º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUDARD, Bénédicte. **A síndrome da alienação parental**. 2008, 83 f. Monografia (Para obtenção de título de Doutor em Medicina) – Universidade Claude Bernard Lyon 1, Lyon, 2008.

HUGO, Pamela Silveira; PIRES, Daniela de Oliveira; COELHO, Elizabete Rodrigues.

Síndrome da Alienação Parental: impactos no âmbito judicial e psicológico. In: Temas Críticos em Direito. Volume 1. Guaíba, RS: Editora Sob Medida, 2011, p. 192.

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Alienação parental ganha novos contornos em meio à pandemia do coronavírus. 2020. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/7221/Alienacao+parental+ganha+novos+contornos> Acesso em 11 out. 2021.

LIMA FILHO, Joaquim Azevedo. Alienação parental segundo a Lei 12.318. Disponível em: <http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010>. Acesso em Mar. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Volume 5: Famílias. 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOBO, Paulo. Direito Civil – Famílias. 4ª Ed. Editora Saraiva. 2011. MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada – uma nova visão para novos tempos. Disponível em: www.apase.org.br. Acesso em Mar. 2022

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MOLINARI, Fernanda; TRINDADE, Jorge. Divórcio: do processo psicológico, do luto e dos efeitos na criança. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. v. 1 n. 70. p. 167-182. Set./Dez. 2011.

NEGRELLI, Ana Vasconcelos. A pandemia e a alienação parental. Migalhas, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325781/a-pandemia-e-aalienacao-parental>. Acesso em: Mar. 2022.

PEREZ, Elizio Luiz. Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.) Breves Comentários acerca da lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, A. Direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, de Rodrigues Juliana. Alienação Parental sob a perspectiva do direito à convivência

familiar. 1. ed. São Paulo: Mundo jurídico, 2014

VENOSA, S. S. de. Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

JUSTIÇA ADMINISTRATIVA: OUVIDORIA COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

GLÁUCIA PEREIRA BRAGA:
Graduanda em Direito pela UNITINS –
Campus Palmas.²⁷⁵

BUENÃ PORTO SALGADO²⁷⁶

(coautor)

RESUMO: O atual cenário de serviços públicos prestados pelo Poder Executivo tem-se mostrado ineficaz e ineficiente. Vislumbrando a necessidade de adotar novas medidas que promova e resguarde o direito dos usuários de serviços públicos, as Instituições Pública, por meio da Justiça Administrativa, têm buscado a modernização e democratização na prestação de serviço com qualidade. Tal necessidade motivou o estudo da Ouvidoria como Instrumento de Resolução de Conflitos na Administração Pública. No presente artigo buscou-se, identificar Princípios e Normas Jurídicas relativas às Ouvidorias Públicas, analisar os impactos das Ouvidorias, como novo padrão eficiente, eficaz e célere na resolução de conflitos, avaliar a possibilidade de as Ouvidorias atuarem em conciliação e mediação de controvérsias entre usuários de serviços e Administração Pública, denotar a importância das Ouvidorias como Instrumento de Proteção de Direitos, Transparência e Controle Social e seu aporte nas Políticas Públicas. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, publicações em sítios com publicações acadêmicas e órgãos institucionais. Traz como resultado uma abordagem dialética dos assuntos estudados que evidencia a importância da Ouvidoria dentro da Administração Pública como Instrumento garantidor de direitos e como novo Instrumento de Resolução de Conflitos.

Palavras-chave: Ouvidoria. Direito. Democracia Participativa. Transparência. Controle Social.

Abstract: The scenario of publics served by the Executive Power has current services presented and inefficient. Seeing the need to adopt new measures that promote and protect users of public services, such as Public Institutions, through Administrative Justice, have sought modernization and democratization in the provision of public services with quality. This need motivated the study of the Ombudsman as a Conflict Resolution Instrument in Public Administration. In this article, it was sought, Principles and Legal Norms in relation to Public Ombudsmen, the impacts of the Ombudsman's Offices to

²⁷⁵ E-mail: glauciabraga@unitins.edu.br.

²⁷⁶ Doutor Bueña Porto Salgado, professor da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS – Campus Palmas. E-mail: buena.ps@unitins.br.

identify as a new standard, effective and fast in the resolution of conflicts, to evaluate the possibility of how Ombudsmen act in conciliation and mediation of controversies users of services and Public Administration, denoting the importance of the Ombudsman as an Instrument for the Protection of Rights, Transparency and Social Control and its importance in Public Policies. The methodology used was bibliographic research, publications on sites with academic publications and institutional bodies. It brings as a result a dialectical approach of the studied subjects that evidences the importance of the Ombudsman's Office within the Public Administration as a guaranteeing instrument of rights and as a new instrument of conflict resolution.

Keywords: Ombudsman. Right. Participatory Democracy. Transparency. Social Control.

Sumário: 1. Introdução; 2. *Ombudsman*; 2.1. Ouvidorias Públicas no Brasil; 2.2. Ouvidorias; 3. Normas Jurídicas relativas às Ouvidorias. 3.1. Constituição Federal de 1988; 3.2. Lei de Acesso à Informação nº 12.527 de 18/11/2011– LAI; 3.3. Lei nº 13.460/2017 - Dispõe sobre Participação, Proteção e Defesa dos Direitos do Usuário dos Serviços Públicos da Administração Pública; 3.4. Lei nº 13.460/2017 - Dispõe sobre Participação, Proteção e Defesa dos Direitos do Usuário dos Serviços Públicos da Administração Pública; 3.5. Lei nº 2.735/2013 – Instituição da Ouvidoria Geral do Estado na CGE – Tocantins; 3.6. Lei Decreto nº 6.312 de 14/09/2021 – Institui o Sistema de Ouvidorias do Poder Executivo Estado do Tocantins – Se-OUV; 3.7. Instrução Normativa CGE nº 04, de 01 de novembro de 2021 – Competências das Ouvidoria do Poder Executivo do Estado do Tocantins; 3.8. Lei nº 13.709, de 14/08/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD; 4. Impactos das Ouvidorias na Resolução de Conflitos; 4.1. Sistema FALABR; 4.2. Ouvidoria um elo pacificador entre o cidadão e as Instituições Públicas; 5. Ouvidorias como novo padrão eficiente e célere na Resolução de Conflitos. 5.1. Ouvidoria como Novo Padrão Eficiente e Célere na Resolução de Conflitos; 5.2. Sujeitos de Direito; 5.3. Mediação e Conciliação de Controvérsias entre Usuários de Serviços e Administração Pública; 5.4. Ouvidoria - Ferramenta de Transparência e Controle Social; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Sistema Judiciário no Brasil tem enfrentado grandes desafios quanto à morosidade processuais, nos quais não produzem resultados céleres e satisfatórios, vislumbrando a necessidade de adotar novas medidas para desafogar o Sistema Judiciário Brasileiro e produzir a paz social tão almejada. Tal necessidade motivou o estudo das Ouvidorias Públicas como novo padrão na resolução de conflitos na Justiça Administrativa.

No contexto atual, é de suma importância adotar novas ferramentas que possibilitem solucionar conflitos de maneira eficiente, eficaz e célere. Os fatores que determinaram o objeto de estudo em tela é o grande avanço das Ouvidorias como instrumentos de resoluções de controvérsias. O direito positivo ao longo da história sofreu

mudanças significativas, assim como ocorre na atualidade da Justiça Administrativa, e continua se transformando para atender os anseios da sociedade, possibilitando a condução e resolução de conflitos da melhor forma possível.

Sendo um tema inovador, por ser as Ouvidorias um instrumento democrático, na proteção dos interesses e direitos coletivos e individuais, que permite a participação dos usuários dentro das Instituições Públicas, exercendo papel relevante no controle social, na prestação dos serviços e políticas públicas. Admitindo seu protagonismo como defensora de direitos e garantias no cenário nacional.

Tenciona-se com este trabalho, primeiramente compreender o surgimento e importância da figura Ombudsman, denominado como Ouvidoria no Brasil; identificar os marcos regulatórios; promover um debate científico, da necessidade de implantar Ouvidorias nas instituições públicas como novo paradigma de instrumento democrático de garantia, promoção e proteção de direitos do cidadão, e qual a sua importância social, política e econômica nesse contexto. Averiguar se de fato as Ouvidorias têm sido instrumento na resolução pacífica de conflitos e quais seus impactos. Além disso, analisar quais benefícios obtém o Estado em adotar novos padrões como as Ouvidorias na busca de prestar um serviço de qualidade, compreendendo dessa maneira, toda a dinâmica que a envolva.

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, publicações em sítios eletrônicos com publicações acadêmicas e Órgãos institucionais.

2. OMBUDSMAN

Primeiramente, deve-se destacar a importância do modelo de *ombudsman* da Suécia, criado há mais de 200 anos, que serviu de inspiração para a implantação de ouvidorias no Brasil, tendo seu fortalecimento com a Carta Magna de 1988, onde estabeleceu níveis democráticos de participação do cidadão (Guia de Ouvidorias, 2011, p.5). De origem nos países nórdicos, o vocábulo pode ser traduzido como “representante do povo”. No Brasil consolidou o nome de “ouvidor”. Santos (2019) traz, em seu livro – Ouvidoria Pública: instrumento de participação e aprofundamento da Democracia – o sentido da palavra *ombudsman*.

A terminologia define o profissional – da iniciativa pública ou privada – encarregado de receber as demandas, críticas e sugestões de usuários e consumidores, pautando sua atuação sobre os princípios da ética e da imparcialidade de modo a mediar os conflitos envolvidos (SANTOS, 2019, p. 15).

2.1. Ouvidorias Públicas no Brasil

Pautado em princípios da cidadania e com o advento do CDC/1990, foi lançado o embrião do que seria o modelo de ouvidorias no Brasil, sustentada nas demandas dos consumidores de produtos e serviços. “A primeira ouvidoria pública brasileira foi a de Curitiba, criada em 1986, instituindo somente em 1992, cinco anos após, seu primeiro ouvidor-geral” (Guia de Ouvidorias, 2011, p.5). No âmbito federal, em 1992, a Lei nº 8.490/1992, cria dentro Ministério da Justiça a Ouvidoria Geral da República (OGU, Implantação de Ouvidorias, 2012, p.12).

O Guia de Ouvidorias Brasil (2011) enfatiza a importância da ouvidoria como “um importante agente de melhorias para os processos de trabalho na instituição” e que ela “é representação da voz do cidadão e direciona ações de melhorias”. E conceitua a Ouvidoria no seguinte excerto: “Ouvidoria é a instituição que representa os legítimos interesses dos cidadãos no ambiente em que atua, na busca de soluções definitiva” (p. 7).

Sobre os objetivos, o Guia de Ouvidorias Brasil (2011) destaca que “dentre vários objetivos da ouvidoria o principal é atuar de forma independente e isenta, com caráter mediador, pedagógico e estratégico”, uma vez que acolhe a manifestação do cidadão, busca soluções definitivas e efetivas, aponta falhas, orienta e propõe melhorias na Gestão Pública, “sempre atuando sob os princípios da ética, imparcialidade, autonomia, transparência, poder de decisão e sigilo”.

Sua atuação deverá ser pautada em valores morais, legais e princípios éticos, garantido imparcialidade e senso de justiça, apontando necessidades de ajustes nos processos e procedimentos na prestação de serviços ao cidadão, melhorando toda a cadeia de gestão na instituição pública. Transformando as manifestações legítimas do cidadão em aperfeiçoamento contínuo, tendo como resultado uma prestação de serviços mais adequada aos cidadãos (Guia de Ouvidorias Brasil, 2011, p.13).

A ouvidoria é o resultado da evolução dos valores internos somados à estreita integração com o cidadão, consolidando os princípios da cidadania, oferecendo resolução de problemas com maior rapidez, por meio de respostas claras e objetivas aos cidadãos (Guia de Ouvidorias Brasil, 2011, p.15).

“A autonomia é um de seus principais pilares”, o que permite sua movimentação dentro dos órgãos públicos facilitando a resolução de conflitos, desde que observe “sua política e cultura, bem como normas e regulamentos próprios” (Guia de Ouvidorias, 2011, p.21). Na prestação de serviços ao cidadão e na defesa de seus interesses, atua de maneira transparente, imparcial, discrição e senso crítico. Dentro dessa perspectiva, o Guia de Ouvidorias, 2011, conceitua-se ouvidoria no Brasil como a que:

Retrata a participação democrática do cidadão nas instituições públicas, de maneira representativa gerando valor. Tem como missão ecoar a voz do cidadão dentro da organização, promovendo

mudanças de atitude, comportamento e melhoria contínua nos processos (Guia de Ouvidorias Brasil, 2011, p. 24).

No cenário atual, as relações abarcam proporções gigantescas para o sucesso das organizações, a Ouvidoria assume papel estratégico, sendo o elo legítimo de comunicação com o cidadão, fortalecendo as instituições por meio de uma gestão participativa (Guia de Ouvidorias, 2011, p. 25).

Na década de 80 e 90 com a implantação do processo democrático, mobilizou a participação do cidadão no âmbito privado, mais recentemente essa participação se deu de forma silenciosa e tímida nos serviços públicos, pelo inconformismo de altos tributos em contrapartida de serviços ineficientes. Dando grande relevância a instrumentos como ouvidorias, que asseguram direitos e garantias, permeando barreiras, quebrando paradigmas comportamentais e por sua vez propiciando um destino diferente na prestação dos serviços e no rumo da sociedade (Guia de Ouvidorias, 2011, p. 26).

A participação da sociedade se tornou imperativo, destacando neste contexto o papel primordial das Ouvidorias dentro de uma instituição pública, fato este que se deu com a expansão e evolução dos Órgãos Públicos e entidades civis (Guia de Ouvidorias, 2011, p. 26).

2.2. Ouvidorias Públicas no Tocantins

No Estado do Tocantins, a Ouvidoria tem tido grande destaque como uma ferramenta de promoção e controle social. Em 2013 o Estado do Tocantins regulamentou a Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011 com a publicação do Dec. Estadual nº 4.839/2013, sendo operacionalizada por meio do Sistema de Gestão de Ouvidorias – SGO, já a Lei nº 13.460/2017 foi regulamentada pelo Dec. Nº 6.312 de 14/09/2021, trazendo na IN CGE nº 04/2021 o exercício das competências da Ouvidoria Geral do Estado e das unidades setoriais do Sistema de Ouvidorias (Se-OUV), ficando apenas a Lei de Proteção de Dados – LGPD nº 13.709/2018 sem regulamentação.

Em 2019 o Poder Executivo passou a utilizar a plataforma federal de ouvidorias, conhecida como FalaBr, contemplando as manifestações contidas na Lei nº 13.460/2017, como reclamação, denúncia, elogio, sugestão e solicitação de providências.

No início de novembro de 2021, o Módulo de Acesso à Informação integrado à Plataforma FalaBr foi liberado para todos os Órgãos/Entidades do Poder Executivo Estadual, com previsão de desativação do Sistema SGO para 31/12/2021. Portanto a plataforma FalaBr atenderá num mesmo ambiente, separado por módulos, as manifestações da Lei 13.460/2017 e Lei nº 12.527/2011.

Um dos maiores gargalos das Ouvidorias do Poder Executivo, segundo levantamento feito pela Ouvidoria Geral do Estado é a não incorporação das Ouvidorias nas estruturas orgânicas dos órgãos, tornando muitas das vezes um setor invisível, das trinta e nove unidades de Ouvidorias do Poder Executivo apenas seis constam na estrutura organizacional do Órgão a qual pertence, outro obstáculo é a demora dos setores envolvidos no retorno das respostas aos manifestantes, também existe o acúmulo de funções dos Ouvidores/interlocutores.

Apesar da crescente expansão nas Instituições Públicas e iniciativas privadas, as Ouvidorias, ainda não são conhecidas e compreendidas pelos usuários e órgãos, como uma ferramenta que tem a missão de contribuir com o contínuo aperfeiçoamento da Gestão Pública e consequente melhoria significativa dos serviços prestados.

3. NORMAS JURÍDICAS RELATIVAS ÀS OUVIDORIAS

3.1. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, de maneira bem tímida, tratou da matéria no que tange às Ouvidorias, ao constar no art. 37, § 3 que “as reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas por lei”, sendo reformulada com uma nova redação pela Emenda Constitucional 19 de 04 de junho de 1998, *ipis litteris*.

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (BRASIL, 1988).

Fortalecendo, desta maneira a Democracia Participativa, legitimando o art. 1º, parágrafo único da CF/88, em que todo poder político vem do povo, efetivando a participação democrática e o controle social por parte dos usuários dos serviços públicos nas instituições públicas, direta ou indireta.

Já em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, trouxe no art. 103-B, § 7º, a obrigatoriedade da criação de Ouvidorias de Justiça no âmbito do Poder Judiciário, *ipsis verbis*:

Art. 103-B [...]

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, em 1948, **impõe** no art. 19 (Cartilha: Acesso à Informação Pública, 2013, p. 14), o direito do cidadão ao acesso à informação, sendo chancelado posteriormente pelo texto constitucional em seu art. 37, § 3º, II, *in verbis*.

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão (DUDH, 1948).

3.2. Lei de Acesso à Informação nº 12.527 de 18/11/2011– LAI

Importante símbolo na evolução da estabilização das políticas de transparência pública e do regime democrático (MEC, 2020). A Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011 normatizou o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (art. 1º da Lei nº 12.527/2011), aplicáveis à União, Estados e Municípios. Tendo como princípio fundamental o acesso à informação como regra geral e o sigilo como exceção. Como diz o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, e respectivamente o art. 3º, I da Lei 12.527/2011, acerca destes termos:

XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou 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.

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 1988).

Garantindo, desta maneira, o exercício pleno do direito constitucional de acesso à informação ao definir os mecanismos, procedimentos, prazos, por partes das Instituições Públicas, além de determinar a publicidade dos atos administrativos de maneira proativa, conforme art. 3º, II do referido diploma legal. À vista disso, o Poder Público obriga-se a contemplar os princípios da transparência e da publicidade, permitindo o acesso à informação ao cidadão, podendo negá-lo desde que tenha justificativa legal, considerando negativa uma exceção:

O inciso I do art. 3º da LAI fundamenta o chamado PRINCÍPIO DA MÁXIMA DIVULGAÇÃO, o que significa dizer que o Poder Público deve conduzir-se de forma transparente, tornando públicos seus atos e as informações que produz ou detém. Uma eventual negativa de acesso à informação deve ser uma exceção e sua justificativa legal deve ser explicada ao usuário (Manual de Ouvidoria Pública, 2019, p. 78).

Os pedidos de Acesso à Informação serão por meio do Sistema Eletrônico FalaBr, assim como as manifestações regidas pela Lei nº 13.460/2011. O acesso à informação se dá por duas formas, quando de maneira espontânea é disponibilizada em sítios de internet, independente de requerimento, conhecida como transparência ativa, e quando o cidadão solicita por meio de um pedido, conhecida como transparência passiva. Sobre o tema, consta no Manual de Ouvidorias Públicas:

TRANSPARÊNCIA PASSIVA é a ação de disponibilizar informações a partir de um pedido de acesso à informação.

TRANSPARÊNCIA ATIVA é disponibilização proativa de informações, em atendimento aos artigos 7º e 8º da LAI, além de outras leis, como

é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000). (Manual de Ouvidorias Públicas, 2019, p.78).

A Instituição Pública não poderá exigir do cidadão motivos que determine o pedido de acesso à informação, ou seja, não necessita explicar a razão e nem o que irá fazer com a informação, art. 10, § 3º da Lei nº 12.527/2011 (CGU, Manual de Ouvidoria, p. 82).

A Lei Nº 12.527/2011 dá direito ao manifestante o Acesso à Informação, caso essa informação seja negada pelo setor competente, a lei resguarda ao manifestante entrar com recursos conforme art. 15 da referida lei, que será da seguinte forma: indeferido o Acesso à Informação, pelo setor competente de maneira fundamentada, o manifestante no prazo de dez dias poderá interpor o 1º Recurso que será respondido no prazo de cinco dias, pela autoridade superior do órgão, se este em resposta ao primeiro recurso sustentar a negativa, o segundo recurso será direcionado à Ouvidoria Geral do Estado (art. 16), sustentando a negativa o manifestante poderá interpor o terceiro recurso que será respondido pela Comissão Mista de Reavaliação de Informações (art. 16, § 3º).

3.3. Lei nº 12.632/2012 - Institui o dia do Ouvidor

O ouvidor no Brasil colônia, tinha o papel de representar a administração da justiça real, atendendo os anseios do Estado e reportando-se ao rei em Portugal. Antônio de Oliveira, em 1538, foi nomeado o primeiro ouvidor, que também era o Capitão-Mor, acumulando as duas funções na Capitania de São Vicente, (Manual Ouvidoria, UFU, 2008, P.7). Em 1548 surge a figura do Ouvidor-Geral, que atuava como Corregedor-Geral. Já em 1549 é nomeado o primeiro Ouvidor-Geral, Pero Borges, nomeado por Tomé de Sousa, atuando como juiz, porém em nome do rei. Apenas em 1823 que a figura do ouvidor surge como juiz do povo, o corregedor reportava as queixas do povo à Corte em Portugal (Mello, 2009, p. 25).

Em 2012, por meio da Lei nº 12.632, cria-se o dia do ouvidor. Na atualidade o ouvidor é o representante do cidadão, é o defensor do povo perante a Administração Pública. O Ouvidor deve atuar sob a égide dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), juntamente com os princípios que regem a Administração Pública, como a "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência", conforme dispositivo legal art. 37 da CF/88. Sendo este, defensor das relações éticas e transparentes, primando pela imparcialidade, celeridade, senso de justiça, rapidez, dirimindo controvérsias por meio da mediação e conciliação entre cidadãos e entidades públicas (OGU, Implantação de Ouvidorias, 2012, p.19).

3.4. Lei nº 13.460/2017 - Dispõe sobre Participação, Proteção e Defesa dos Direitos do Usuário dos Serviços Públicos da Administração Pública

Com o advento da Lei nº 13.460 de 2017, também chamada de Código de Defesa do Usuário, em seu Art. 1º, ficou estabelecido para a Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “normas básicas sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos” prestados pelas Instituições Públicas, a saber:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal.

§ 2º A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto:

I - em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e

II - na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo.

§ 3º Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular (BRASIL, 2017).

De acordo com o Manual de Ouvidorias (2019) “os serviços públicos são criados e mantidos pela Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para satisfazer as necessidades da coletividade e, principalmente, para garantir os direitos da população”. O Código de Defesa do Usuário define serviço público em seu art. 2º, item II:

II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública (BRASIL, 2017).

São direitos básicos dos usuários, a participação democrática, a proteção de informações pessoais (LAI), informações precisas e de fácil acesso, assim como também, ter disponibilizada a Carta de Serviços contemplando a transparência dos serviços, fortalecendo sobremaneira a Ouvidoria Pública ativa.

Desta maneira, sobrepuja o papel das Ouvidorias Públicas no progresso da participação social (art. 13) e democrática dos seus usuários. São canais especializados em tratar as manifestações dos cidadãos feitas por meio da democracia participativa. Com a

edição da Lei nº 13.460/2017, ficou convencionado os direitos e também deveres dos usuários de serviços, trazendo em seu diploma legal as competências das Ouvidorias Públicas, definindo quais tipos de demandas que os usuários podem fazer, conforme art. 2º, V, “manifestações - reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços” (BRASIL, 2017).

Portanto é inegável a grande importância das Ouvidorias Públicas como modelo de democracia participativa e de controle social, sendo um elo significativo na evolução e melhoria contínua na prestação de serviços por parte da Administração Pública.

3.5. Lei nº 2.735/2013 – Instituição da Ouvidoria Geral do Estado na CGE – Tocantins

Embora pouco mencionada na Carta Magna, apenas duas vezes, a Lei Federal nº 13.460/2017 instituiu o Código de usuários de serviços públicos, tendo as Ouvidorias como uma ponte que interliga as entidades públicas à concretude dos anseios dos cidadãos. No Estado do Tocantins o tema já era tratado pela Lei nº 2.735/2013, na qual dispõe sobre as competências da Controladoria Geral do Estado, em seu art. 3º, inc. XIII, em que deve estabelecer procedimentos de Ouvidoria no âmbito do Poder Executivo. Consta nela que todas as Ouvidorias são vinculadas técnica e operacionalmente à Ouvidoria Geral do Estado – OGE/TO coordenada pela Controladoria Geral do Estado - CGE/TO.

Logo após a instituição do dia do ouvidor, o Estado do Tocantins cria a Ouvidoria Geral do Tocantins – OGE, com intuito de promover a ética e transparência nas relações entre a sociedade e o Estado, aprimorando a prestação dos serviços públicos, atuando com celeridade e eficiência, sendo imprescindível ferramenta na construção de uma gestão democraticamente cidadã. É o que dispõe o diploma legal nº 2.735/2013, tal como está escrito:

Art. 3º À Controladoria-Geral do Estado compete:

I – assistir direta e imediatamente ao Chefe do Poder Executivo em assuntos e providências pertinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, às atividades de ouvidoria e à transparência da gestão;

XIII – estabelecer os procedimentos e as metodologias destinados à execução das atividades do controle interno e de ouvidoria do Poder Executivo;

XIV – exercer a supervisão técnica das ouvidorias setoriais dos órgãos e entidades do Poder Executivo, prestando, como órgão central, a orientação técnica e normativa necessária;

XIX – requisitar a entidades e órgãos públicos as informações e os documentos necessários às atividades de ouvidoria (TOCANTINS2013).

Todas as ouvidorias existentes no Poder Executivo Estadual deixaram de existir passando o controle total de todas as demandas à Ouvidoria Geral do Estado – OGE, é o que dispõe o art. 12 do mesmo diploma legal:

Art. 12. As Ouvidorias dos demais órgãos e entidades do Poder Executivo são extintas a partir da data da vigência desta Lei. Parágrafo único. Cabe às entidades e órgãos do Poder Executivo, que dispunham de Ouvidoria em sua estrutura organizacional, transferir para a Controladoria-Geral do Estado os respectivos bancos de dados, informações, cadastros e demandas em andamento, inclusive, os sistemas informatizados porventura existentes (BRASIL, 2013).

Desta maneira, ficou a cargo da Ouvidoria Geral do Estado - OGE o controle total das manifestações direcionadas à Ouvidoria no âmbito do Poder Executivo no Estado do Tocantins.

1 3.6. Lei Decreto nº 6.312 de 14/09/2021 – Institui o Sistema de Ouvidorias do Poder Executivo Estado do Tocantins – Se-OUV

O Estado do Tocantins por meio do Dec. 6.312/2021 regulamenta, após quatro anos de sua publicação, a Lei Federal 13.460/2017, instituindo o Sistema de Ouvidoria no âmbito do Poder Executivo do Estado do Tocantins. Firmando os procedimentos para a participação dos usuários de serviços prestados pela Administração Pública Estadual, Direta e Indireta. Contemplando desta maneira o art. 17 da Lei 13.460/2017 “atos normativos específicos de cada Poder e esfera de Governo disporão sobre a organização e o funcionamento de suas ouvidorias”.

O Sistema de Ouvidoria Se-OUV é composto por um Órgão Central que é a Ouvidoria Geral do Estado – CGE, tendo como objetivos coordenar e articular as atividades de ouvidoria, e também por Unidades Setoriais de Ouvidorias dos demais Órgãos da Administração Públicas, que “ficarão sujeitas à orientação normativa e à supervisão do Órgão Central” (art. 5º, § 1º do Dec. 6.312/2021). E uma de suas competências é primar pela defesa e participação do cidadão (art. 6º, inc. I), “promover e atuar diretamente na defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos, nos termos da Lei Federal 13.460, de 26 de junho de 2017”.

3.7. Instrução Normativa CGE nº 04, de 01 de novembro de 2021 – Competências das Ouvidoria do Poder Executivo do Estado do Tocantins

Por conseguinte, a Instrução Normativa nº 04/2021 da Controladoria Geral do Estado, normatiza os procedimentos e competências da Ouvidoria Geral do Estado (OGE) e das unidades setoriais do Sistema de Ouvidorias do Poder Executivo Estadual (Se-OUV). “As unidades setoriais de Ouvidorias de cada Órgão possuem subordinação técnica e normativa do órgão central”, Ouvidoria Geral do Estado – OGE, é o que preceitua o art. 3º. Na Instrução Normativa, estabelece as diretrizes a serem adotadas pelas Ouvidorias, *in verbis*.

Art. 7º As atividades de Ouvidoria deverão ser realizadas observando as seguintes diretrizes:

- I - Reconhecimento do usuário como sujeito de direitos;
- II - Atuação técnica, empática, imparcial e com foco na solução pacífica de conflitos;
- III - Transparência, ética, tempestividade, eficiência e suficiência no processo de análise e resposta das manifestações;
- IV - Confidencialidade, sigilo e discrição no tratamento das manifestações; e
- V - Cooperação permanente entre as unidades setoriais do Se-OUV na busca de soluções coletivas para os problemas individuais identificados nas manifestações (TOCANTINS, 2021).

Define também as competências do órgão central assim como das unidades setoriais de Ouvidorias, cabendo a esta última, conforme art. 5º, inc. I, “promover e atuar na defesa dos direitos dos usuários”, deverá também “exercer a articulação permanente com outras instâncias e mecanismos de controle e participação”, (inc. IV) e “apresentar relatório de gestão com periodicidade mínima anual” (inc. V).

Ao delinear as competências e procedimentos das Ouvidorias, é possível a execução das atividades exercendo de fato o seu papel, sem desviar a finalidade, que é a proteção dos direitos dos usuários, a democracia participativa e o aprimoramento da prestação de serviços e da Gestão Pública.

3.8. Lei nº 13.709, De 14/08/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD

Esta lei disciplina todo e qualquer tratamento e armazenamento de dados pessoais, sejam por empresas privadas, pessoas físicas ou Instituições Públicas, é o que dispõe em seu art. 1º, nestes termos: normativa:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2018).

Tem como objetivo principal proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade (art. 1º). É um instrumento que resguarda o direito de utilizarem os dados do cidadão de forma segura, e que a disponibilização ou divulgação será mediante consentimento do detentor de direito destes dados (art. 7º, I). Nela define parâmetros de controle e tratamento de dados, enfatiza que a utilização seja de forma responsável e com a finalidade a que se destina (art. 7º, § 3º). Dispõe no art. 6º que o tratamento de dados além que observar a boa fé deverá contemplar os princípios da “finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas”.

A referida lei define o que são dados pessoais, conforme disposto no art. 5º, I, “dado pessoal: informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”, é toda e qualquer informação que identifique uma pessoa, e esclarece que alguns dados tem tratamento peculiar como os dados pessoais sensíveis e dados pessoais sobre crianças e adolescentes (art. 14).

No que tange às ouvidorias, é de extrema relevância que os controladores, operadores e encarregados busquem contemplar as políticas de privacidade disponíveis na LGPD, é um dever do controlador e um direito do titular.

Existe disposição legal que dispensam o consentimento para tratamento de dados, observados os arts. 23 a 32 da Lei nº 13.709/2018, devendo ser observados as limitações no que tange ao tratamento desses dados.

O uso indiscriminado e de forma irresponsável dos dados pessoais de outrem, é pertinente a necessidade de regulamentação e imputação de multas e penalidades. Está disciplinado no art. 52, as sanções administrativas cometidas pelos agentes de tratamentos de dados.

4. IMPACTOS DA OUVIDORIA DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.1. Sistema FALABR

O Sistema FalaBr, é um Sistema Federal de Ouvidorias, que foi adotado por várias Instituições Públicas, e também pelo Poder Executivo do Tocantins. É uma plataforma integrada de Ouvidorias, onde o usuário poderá encaminhar sua manifestação, exercendo seu direito de participação democrática por meio do controle social, requerendo do Estado transparência de seus atos, e uma prestação de serviço mais adequado e com qualidade.

Segundo consta no site da Controladoria Geral da União, por meio deste sistema, “é possível fazer solicitações a mais de 300 órgãos e entidades do Governo Federal, além de outras duas mil instâncias de todos os entes e poderes da federação, como estados, municípios e serviços sociais autônomos que aderiram ao sistema” (CGU, FalaBr).

A revista atualizada da Ouvidoria Geral da União (2012) pondera que a atuação de uma ouvidoria pública “só pode ser a da participação social ampla e irrestrita”. Portanto, para sua criação e implantação não poderia ser, senão pelo método “democrático e calcado no pleno exercício de direitos”, sendo mais efetiva a atuação da Ouvidoria Pública “cuja criação seja decorrência direta de um processo democrático do qual possa participar qualquer cidadão” (OGU, Orientações para Implantação de uma Unidade de Ouvidoria, 2012, p. 4).

É nesse contexto que o Sistema FalaBr se insere, como uma ferramenta democrática, por meio da qual, qualquer usuário poderá reivindicar suas manifestações perante o Estado, tendo como interlocutora a Ouvidoria. Além disso, a referida revista atualizada da OGU traz o objetivo primordial da Ouvidoria-Geral da União, que é:

promover a Institucionalização de sistema federal de ouvidorias públicas capaz de garantir atendimento de excelência às manifestações dos cidadãos e aprimoramento constante de políticas e de serviços públicos, tendo em vista o fortalecimento da participação social como meta e como método de realização do Estado Democrático de Direito (OGU, 2012).

Vale ressaltar que é uma plataforma dinâmica, interativa e de fácil manuseio, onde o usuário poderá pleitear suas Manifestações, quais sejam, Denúncia, Elogio, Reclamação, Solicitação e Sugestão, que é regido pelo Lei nº 13.460/2017 e também solicitar Acesso à Informação, que é regida pela Lei nº 12.527/2011, todos num único ambiente virtual.

No Sistema FalaBr é possível emitir relatórios trimestrais do quantitativo total de manifestações e pedidos de Acesso à Informação; o total em cada mês, quantidade por cada tipo de manifestações; quais foram os canais de atendimento (telefone, internet, e-mail etc.); percentual de demandas resolvidas; tempo médio de resposta, o percentual respondido dentro e fora do prazo, (OGE, Relatório Ouvidoria trimestral jul-ago, Sefaz/TO, 2021). Desta maneira, facilitando a identificação dos gargalos da Instituição Pública,

oportunizando a Ouvidoria orientar ao Gestor da pasta quais medidas a serem adotadas, promovendo assim melhorias contínuas na Administração Pública.

4.2. Ouvidoria um elo pacificador entre o cidadão e as Instituições Públicas

A Ouvidoria é uma ponte que interliga o cidadão e os Órgãos Públicos. E o Princípio da Solução Pacífica de Controvérsias deverá ser um dos seus pilares de sustentação, será a bússola que conduzirá para um desfecho pacífico da lide. Oferecer soluções pacíficas é um dever do Estado, para evitar métodos coercitivos, serve “para dar fim a conflitos de interesses, prevenindo maiores consequências em situações conflituosas” (IN nº 1 da OGU, 2015, p.24).

5. OUVIDORIA COMO NOVO PADRÃO EFICIENTE E CÉLERE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Atualmente, as Ouvidorias têm tido grande destaque dentro das Entidades Públicas, desempenhando papel fundamental na resolução de conflitos. Por meio dela, as manifestações dos usuários são recebidas, tratadas e respondidas dentro do prazo legal, impedindo, dessa maneira, o acionamento de outras medidas como a judicial, resguardando, assim, seus direitos. As Ouvidorias tornaram-se instâncias de defesa de direitos dos usuários dos serviços públicos, a respeito traz o Manual de Ouvidorias Públicas Federais:

Nesse contexto, destaca-se a ouvidoria pública, instância de promoção e defesa de direitos, locus privilegiado de ausculta dos cidadãos quanto a eficiência, eficácia e efetividade das políticas e dos serviços públicos. Ao prover estruturas com vistas à participação e ao controle social da *res publica*, aproxima-se dos elementos dialógicos que caracterizam a gestão social e, assim, contribui para a valorização da cidadania e para o fortalecimento da democracia participativa (Ouvidorias Públicas Federais: análise dos elementos que contribuem para a promoção da gestão social, 2015, p. 7 e 8).

O Estado, ao regulamentar e adotar esse novo padrão de resolução de controvérsias, está promovendo um direito que outrora não era disponibilizado à sociedade, o acesso a serviços públicos com maior qualidade, eficiência e celeridade, atingindo o objetivo que é a satisfação do usuário e a melhoria contínua na gestão pública dos serviços por ela prestados. É considerada “instância de participação e controle social”, é o que preceitua a Dec. Estadual 6.312/2021, *ipsis litteris*.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - ouvidoria - instância de participação e controle social responsável pelo tratamento das manifestações relativas às políticas e aos serviços públicos prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas à avaliação da efetividade e ao aprimoramento da gestão pública (TOCANTINS, 2021).

Traz novas perspectivas, ao tratar demandas dos usuários dos serviços públicos, em menor tempo possível, já que a norma jurídica estabelece o prazo mínimo de respostas às demandas em curso, evitando assim, morosidade no retorno das Manifestações ou Acesso a informações, afirmando a Ouvidoria como um novo padrão eficiente e célere na resolução de demandas e conflitos.

5.1. Competências

O que torna a Ouvidoria ser esse novo padrão de melhorias dos serviços prestados pelo Estado, é o delineamento e a efetivação de suas competências. E para tanto, foi disciplinado suas atribuições no art. 13 da Lei n 13.460/2017, nestas palavras:

Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico:

I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário;

II - acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade;

III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços;

IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei;

V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei;

VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e

VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes (BRASIL, 2017).

5.2. Sujeitos de Direito

Com o advento da Lei 13.460/2017, ficou caracterizado como um marco de grande relevância na defesa dos direitos dos usuários, com ela o Estado reconhece o direito desses usuários, que transcende até mesmo o conceito de cidadania, portanto, tem buscado uma prestação de serviço mais adequada e à altura daqueles que interagem com ele, criando, portanto, um novo sujeito de direito, o usuário, conceituando em seu art. 2º, inc. I, como “pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público” (BRASIL, 2017).

Quando a Ouvidoria desempenha seu papel e suas competências, como acolher e escutar os usuários, receber, tratar e destinar resolução ao que foi pedido, de forma humanizada, estará reconhecendo o sujeito de direito.

Manifestar é o exercício de um Direito Político, é através dela que o usuário tem seus direitos resguardados. As Ouvidorias acolhem as manifestações dos usuários de serviços públicos, e transforma problemas individuais em soluções coletivas.

5.3 Mediação e Conciliação de Controvérsias entre Usuários de Serviços e Administração Pública

É inegável que as Ouvidorias têm desempenhado papel extremamente relevante no âmbito social. Na legislação federal nº 13.460/2017, dispõe em seu art. 13, VII, como atribuição “a adoção de mediação e conciliação”, na resolução de conflitos, “entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes” (Manual de Ouvidoria Pública, 2019, p. 21). Ainda que esse dispositivo não esteja disciplinado nas esferas Estaduais, é notória a possibilidade de advir a mediação e conciliação de controvérsias, evidenciando a Ouvidoria como um importante instrumento de cidadania, na proteção, promoção e garantia de direitos. É o que dispõe a IN nº 1/2015 da OGU:

São meios pacíficos de solução de conflitos: as negociações diretas, os sistemas consultivos, as mediações, as conciliações, as comissões de inquérito, as soluções arbitrais e judiciais, dentre outros” (IN nº 1 da OGU, 2015, p.24).

Os institutos de soluções alternativas de conflitos sempre acompanharam o desenvolvimento social. Estes institutos quando adotados e melhorados pela Justiça Administrativa, se mostrará eficiente e eficaz na pacificação social, desafogando o sistema judicial, conduzindo a uma pacificação da controvérsia. O Ordenamento Jurídico ao adotar as resoluções consensuais, afasta o formalismo exigido nos processos, tornando célere e eficaz a solução do conflito.

Segundo Tartuce (2018, p.54 apud Rodrigues, 2020, p.35) sobre autocomposição discorre da seguinte maneira:

Por tal técnica de autocomposição, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto (TARTUCE, 2018, p. 54 Apud Rodrigues, 2020, p. 35).

Sobre a mesma perspectiva, sobre mediação de conflitos, para Almeida, Pelajo, Jonathan (2016, p. 861 Apud Rodrigues, p.34) entende que:

Na mediação de conflitos, onde pessoas iniciam em posições excludentes, revelando os seus conflitos supostamente destrutivos, baseados em desejos de julgamento e castigo, procuramos facilitar o encontro de procedimentos inspirados na compreensão das questões, sentimentos e necessidades comuns. Para tanto são desenvolvidas as habilidades de uma comunicação construtiva, que também poderia ser chamada de comunicação não-violenta, pacifista, apreciativa, positiva, conciliatória etc. (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2016, p.861 Apud Rodrigues,2020, p. 34)

É uma visão holística e inovadora dentro da Justiça Administrativa, a Ouvidoria deverá ser implementada com o propósito de atingir o objetivo de humanizar o direito concernente aos usuários dos serviços públicos. Como um instrumento importante de interação entre a sociedade e o Órgão Público, sendo porta-voz do cidadão dentro da organização, defendendo os direitos dos cidadãos, buscando solucionar lides extrajudiciais, sendo importante colaboradora eficaz dos programas de qualidade implantados nas estruturas organizacionais.

5.4. Ouvidoria - Ferramenta de Transparência e Controle Social

Destaca-se a necessidade de as Entidades Públicas adotarem mecanismos modernos e inovador que promova a transparência e o controle social. A Ouvidoria surge como uma grande protagonista nesta seara, desenvolvendo papel fundamental na busca do aperfeiçoamento da cidadania, na disseminação da cultura da transparência, no combate à corrupção, na proteção dos direitos dos usuários, buscando soluções de controvérsias de maneira célere, eficaz e eficiente, buscando mediar e conciliar conflitos (Manual de Ouvidorias Públicas, 2019, p.3).

Por meio dessa ferramenta o usuário pode manifestar, reclamar sobre os seus direitos e suas insatisfações, denunciar crimes de fraudes e corrupção, ao mesmo tempo exigir do Estado, que os recursos sejam destinados para uma melhora contínua na prestação dos serviços, e que a gestão seja pública e transparente. É através do controle social, exercido por meio das Ouvidorias, que os usuários de serviços públicos são ouvidos. O objetivo é acompanhar e fiscalizar as ações do Governo.

Em suma a Ouvidoria, tem por finalidade receber as manifestações dos cidadãos, analisar e encaminhar os casos às áreas responsáveis pelo tratamento ou apuração (Art. 13, VI, da Lei 13.460/2017); orientar os setores e os usuários do prazo legal das respostas; reconhecer os usuários como sujeitos de direitos. “Promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e entidade pública, sem prejuízo de órgão competentes” (Art. 13, VII, da Lei 13.460/2017); demonstrar os resultados produzidos; identificar e propor, melhorias à Instituições Públicas, nas informações trazidas pelo cidadão; ser um elo entre o cidadão e a Entidade Pública, como uma ferramenta efetiva de controle social da Gestão Pública.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Brasileiro tem procurado fomentar, normatizar e transformar a cultura da Justiça Administrativa, isso é visto com o advento da Lei Federal nº 13.460/2017, adotando novos paradigmas para resolução de conflitos, trazendo a figura do *Ombudsman* para dentro das Instituições Públicas. Contemplando, desta maneira, o que preceitua a Carta Magna, sobre a democracia participativa do cidadão na Administração Pública.

Infere-se dos estudos realizados, que a Ouvidoria tem ganhado espaço na seara da Justiça Administrativa brasileira, como novo padrão, eficiente e célere na resolução de controvérsias, pacificando soluções e tornando o direito mais humanizado.

Mostra-se muito importante, que todo sistema, seja ele Jurídico ou Administrativo, evolua acompanhando o movimento contínuo da sociedade, adotando e aprimorando novas práticas tão importantes quanto à paz que se espera da justiça, sendo também de grande relevância sua implantação, por ser um instrumento que perpassa a esfera do governo, que prima pela democracia e contempla o anseio da sociedade.

Por meio da Ouvidoria o cidadão pode exercer a democracia participativa, como sujeito de direito, poderá influenciar com opiniões, reclamações e sugestões nas decisões do Estado. O cidadão é um termômetro para o Estado adotar novas medidas, direcionando que caminho deverá seguir. Por tanto é de grande valia que as Instituições Públicas tenham suas Ouvidorias implantadas e bem estruturadas para garantir o exercício do direito democrático do usuário e um serviço de qualidade à população.

A Ouvidoria tem-se mostrado como instrumento fundamental no fortalecimento do regime democrático, é porta de acesso à Justiça, é a força motriz da democracia participativa, reconhecendo os usuários como sujeito de direito.

Desta feita, vale ressaltar que possui grande relevância social, política e econômica. Social, tendo em vista, exercer o controle social da qualidade dos serviços prestados, é um elo entre o cidadão e a Entidade Pública. Política, por meio da identificação das demandas repetidas poderá apontar novas medidas, direcionando o gestor a adotar novas políticas públicas. Econômica, por que, na medida em que adota novas políticas públicas, evitará incorrer em erros e alocações indevidas dos recursos públicos.

Tendo como benefícios a grande resolução de conflitos com celeridade, eficiência e eficácia nas demandas tratadas no âmbito da Administração Pública, elevando a satisfação dos usuários de serviços. Em contrapartida o Estado terá informações suficientes para adotar novas medidas comportamentais, redirecionando a gestão pública para uma melhoria contínua dos serviços prestados. Dando ênfase à Ouvidoria como um elo entre o cidadão e Órgão Públicos, torna-se é um instrumento a serviço da democracia.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. In.: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. de 2021.

BRASIL. **Lei Código de Defesa do Usuário nº 13.460**. 2017. In.: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei de Acesso à Informação nº 12.527**. 2011. In.: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.html. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. **Lei de Proteção de Dados Pessoais - LGPD nº 13.709**. 2018. In.: Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. **Lei dia Nacional do Ouvidor nº 12.632**, de 14 de maio de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12632.htm. Acesso em: 05 out. 2021.

CGU. **FalaBr**: Ouvidoria e Acesso à Informação em uma única plataforma. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/falabr>. Acesso em: 27 nov. 2021.

CGU. **Manual de Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal**. Brasília. 4ª edição. Ascom/CGU. 2019. In.: Gov. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46641/1/aplicacao_da_lai_2019.pdf. Acesso em: 30 out. de 2021.

CGU. **Manual de Ouvidoria Pública**. Brasília. Ascom/CGU. 2019. In.: Gov. Disponível em: <https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/central-de-conteudos/biblioteca/arquivos/ManualdeOuvidoriaPublica2019web.pdf>. Acesso em: 20 ago. de 2021.

Guia de Ouvidorias Brasil: Consumidor exigente, cidadão consciente. 2011. Ed.: Padrão Editorial. In.: PUC. Disponível em: https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/editais/2011-08-23-guia_de_ouvidoria.pdf. Acesso em: 29 ago. de 2021.

IPEIA. **Ouvidorias Públicas Brasileiras: reflexões, avanços e desafios**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília. 2016. In.: Ipeia. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6601/1/Ouvidoria%20p%3%bablica%20brasileira_reflex%3%b5es%20avan%3%a7os%20e%20desafios.pdf. Acesso em: 25 de out. 2021.

IPEIA. **Ouvidorias Públicas Federais: análise dos elementos que contribuem para a promoção da gestão social**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Rio de Janeiro. 2015. In.: Ipeia. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_2088.pdf. Acesso em: 25 out. de 2021.

MELLO, Isabele de Matos Pereira de. **Administração, Justiça e Poder: Os Ouvidores Gerais e suas Correições na Cidade do Rio De Janeiro (1624-1696)**. PPGH – Programa de Pós-Graduação em História – Niterói, 2009. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/21990?locale-attribute=es>. Acesso em: 31 out. 2021.

OGU. Orientações para Implantação da Lei de Acesso à Informação: rumo ao sistema participativo. **Revista Atualizada: 2 Coleção OGU**. 2012. Ed. Ascom/CGU. Brasília. 5ª ed. In.: Gov. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao_lai.pdf. Acesso em: 13 set. de 2021.

OGU. Orientações para Implantação de uma Unidade de Ouvidoria: rumo ao sistema participativo. **Revista Atualizada: 1 Coleção OGU**. 2012. Ed. Ascom/CGU. Brasília. 5ª ed. In.: Gov. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de>

conteudo/publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implantacao-unidade-ouvidoria.pdf. Acesso em: 13 set. de 2021.

OGU. Orientações para o Atendimento ao Cidadão nas Ouvidorias Públicas: rumo ao sistema participativo. **Revista Atualizada: 3 Coleção OGU**. 2013. Ed. Ascom/CGU. Brasília. In.: Gov. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-atendimento-cidadao.pdf>. Acesso em: 13 set. de 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 13 set. 2021.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. **Histórico das Ouvidorias**. 2009. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/ouvidoria/historico/index.php?p=459>. Acesso em: 31 out. de 2021.

RODRIGUES, Jaqueline Araújo. **A Ouvidoria Pública da Universidade Federal do Tocantins como Instrumento de Aplicação das Formas de Resolução Consensual de Conflitos entre Professor-Aluno**. 2020. Universidade Federal do Tocantins. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/2070/1/Jacqueline%20Ara%c3%bajo%20Rodrigues%20-%20Disserta%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 18 out. de 2021.

SANTOS, Antônio Carlos dos. **A Ouvidoria Pública**: instrumento de participação e aprofundamento da democracia. Edições: Zumbi, 2019. In: E-book Kindle.

SENADO FEDERAL. **Cartilha**: Lei de Acesso à Informação no Brasil. Brasília, 2013. In.: Gov. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/transparencia/arquivos/sobre/cartilha-lai/>. Acesso em: 24 set. de 2021.

TOCANTINS. **Cartilha CGE**: Acesso à Informação Pública. 2013. In.: Central. Disponível em: <https://central.to.gov.br/download/22891>. Acesso em: 20 nov. de 2021.

TOCANTINS. **Decreto nº 4.834, 2013**. Diário Oficial. Disponível em: <https://diariooficial.to.gov.br/busca?por=texto&texto=4.839&data-inicial=2013-07-03&data-final=2013-07-03>. Acesso em: 28 set. de 2021.

TOCANTINS. **Decreto nº 6.312, 14/09/2021**. Diário Oficial. Disponível em: <https://diariooficial.to.gov.br/busca?por=texto&texto=Se-OUV&data-inicial=2021-09-14&data-final=2021-09-14>. Acesso em: 05 out. de 2021.

TOCANTINS. **Instrução Normativa CGE nº 04**, 04/11/2021. Diário Oficial. Disponível em: <https://diariooficial.to.gov.br/busca?por=texto&texto=Instru%C3%A7%C3%A3o+Normativa+CGE+n%C2%BA+04&data-inicial=2021-11-01&data-final=2021-11-30>. Acesso em: 15 nov. de 2021.

UFU. **Manual Ouvidoria**. 2008.

<https://ufu.br/sites/ufu.br/files/media/documento/manual-ouvidoria-21nov2009.pdf>. Acesso em: 31 out. de 2021.