BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1055

(Ano XIII)

(30/11/2021)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2021

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: *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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

A definição de maus antecedentes à vista dos votos já proferidos no RE 593818 em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal
Valdinei Cordeiro Coimbra, 09.

ARTIGOS

O crime de lesão corporal leve, de natureza incondicionada, cometido na situação da Lei nº 11.340/2006, e o direito à liberdade de escolha da vítima
Laura Caroline Coutinho Latorraca, 21.

Compartilhamento de documentos e informações entre órgãos públicos, análise dos desafios enfrentados, após a regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados
Matheus Caldas Ono Soares, 37.

Stalking: a eficácia da medida protetiva após o advento da Lei nº 14.132/21
Carina Kelly Sales Lima, 50.

Uma análise do juiz das garantias a luz do julgamento do ex-presidente Lula pelo então juiz Sérgio Moro.
Antonio Pereira de Arruda Neto, 68.

Eficiência na prestação jurisdicional do programa Justiça Itinerante: uma experiência a partir do Tribunal de Justiça no Estado do Piauí
Valter Caetano Da Silva, 90

A arbitragem na solução de conflitos em razão de dissídios individuais trabalhistas
Vinicius Oliveira Viana, 102.

Responsabilidade civil: uma ótica sob o abandono afetivo com um viés a dignidade da pessoa humana
Angely Marielly Pedrosa Tairoviche, 121.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Guarda compartilhada: a equiparação do regime de guarda com finalidade no melhor interesse da criança e do adolescente
Fernando Leonel Lira Bastos, 135.

O processo licitatório e a Administração Pública em tempos pandêmicos
Laisa Borges Sodré, 150.

A natureza jurídica da responsabilidade civil das operadoras dos planos de saúde nos casos de erro médico
Fernanda De Fátima Da Cruz Silva, 166.

O processo judicial eletrônico (PJE) : uma análise de seus impactos em meio ao período pandêmico.
Lara Zacarias Martins, 190.

Estudo de caso: uma reflexão sobre a repercussão geral nº878/911 RJ do STF acerca do vício de iniciativa no processo legislativo e sua aplicabilidade
Mahbio Alves Gomes, 199.

A eficácia da Lei nº 11.340/ 06 – Maria da Penha diante da ineficiência do Estado
Donizete de Oliveira Veloso, 220.

A inconstitucionalidade da prisão do parlamentar Daniel Silveira decretada pelo STF: subversão do sistema acusatório brasileiro e o perigo em pairar na zona do "direito penal do inimigo"
Samuel Rodrigues Tavares, 241.

Impostos sobre produtos industrializados e o acesso à informação de isenção aos deficientes auditivos
Clara de Ângelis Santos Mendes, 260.

Ajustamento razoável: análise a respeito da ordem de classificação e nomeação de candidato com deficiência aprovado em concurso público da Defensoria Pública do Estado do Maranhão
Fábio Magalhães Pinto, 285.

Avaliação funcional do servidor público: um (des) respeito aos princípios da moralidade de impessoalidade
Kalyandra Nery dos Santos, 296.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Uma análise dos principais tipos de crimes cometidos contra o idoso e a eficácia do combate a essa violência no âmbito da lei n° 10.741/2003
Matheus Anjos da Silva, 310.

Assédio moral no trabalho à luz do princípio da dignidade da pessoa humana
Antonio Fernando Carneiro da Silva, 326.

Direito penal brasileiro e o tratamento que é dado aos criminosos portadores de psicopatia
Ana Júlia Alves de Souza, 340.

Excessos do poder normativo em tempos de pandemia (covid-19)
Samuel da Silva Martins, 365.

Abuso sexual no âmbito familiar: uma análise acerca dos instrumentos de proteção e apoio a crianças e adolescente vítimas de abuso
Juliana Yamille Nogueira Torres, 380.

A investigação dos crimes cibernéticos em face do marco civil da internet
Emily Bezerra Lins

A contribuição da mediação para o melhor exercício da convivência na guarda compartilhada
Rayane Araujo Dos Santos Rocha, 410.

Cobrança indevida da tarifa de esgoto reconhecida por sentenças no Juizado Especial Civil
Luiz Eduardo Araújo Passos, 430.

As causas dos erros judiciais como fator de violação do princípio da dignidade da pessoa humana
Lieny Naiara Souza da Silva, 443.

Abandono material e afetivo: limites da obrigação alimentar dos filhos em face dos pais idosos
Tâmara Cristina machado Viana e Suellen Lorrana de Sousa Borges, 459.

Direito e igualdade: mulheres nas forças armadas
Lívia Camille da Silva Bessa, 476.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O papel do Estado na prevenção da violência familiar contra a criança e o adolescente
Gabriela gomes de Oliveira, 492.

Filiação socioafetiva e multiparentalidade e seus efeitos juridicos
Keleen Kariny Almeida Hortegal, 505.

Separação dos poderes: flexibilização do sistema de freios e contrapesos em favor dos direitos fundamentais
Pedro Lucas Cunha da Silva, 524.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A DEFINIÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES À VISTA DOS VOTOS JÁ PROFERIDOS NO RE 593818 EM REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: 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-FORTIUM1.

Muito se discute no meio doutrinário e jurisprudencial como deve ser analisado os maus antecedentes, um dos vetores de fixação da pena-base, consoante determinação do art. 59 do Código Penal de 1940 e cuja leitura deve ser feita tomando por base a Constituição Federal de 1988.

O Código Penal quando indica que o juiz para fixar a pena-base, aquela que vai nortear as demais fases da dosimetria da pena, até chegar à pena final, não previu o conceito de maus antecedentes. Este conceito vem sendo alterado ao longo dos anos, sendo que antes da nova Constituição, que já completou os seus 30 anos, qualquer envolvimento criminal do cidadão, como investigado, processado e já condenado, era considerado como possuidor de maus antecedentes, ou seja, teria uma pena-base fixada acima da mínima legal.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que não devem ser considerados como maus antecedentes para prejudicar o réu: *processos em curso (...); inquéritos em andamento (...); sentenças condenatórias ainda não confirmadas (...); simples indiciamento em inquérito policial (...); fatos posteriores não relacionados com o crime (...); crimes posteriores (...); fatos anteriores à maioridade penal (...); sentenças absolutórias (...); referência feita pelo delegado de polícia de que o indivíduo tem vários inquéritos contra si (...); simples denúncia (...); periculosidade (...); e revelia, de natureza estritamente processual* (DAMÁSIO E. DE JESUS, **Código Penal Anotado**", p. 199/200, 11ª ed., 2001, Saraiva).

---

1 Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, o STJ estabeleceu o verbete sumular n. 444, que "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*", enquanto que no STF em recurso extraordinário submetido à repercussão geral (RE 591054), também se posicionou no mesmo sentido.

No caso do RE 591.054/SC[1], de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se afastou a possibilidade de considerar processos e inquéritos em curso como caracterizadores de maus antecedentes, sendo que no referido julgamento discutiu-se a possibilidade de inquéritos policiais ou processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não culpabilidade. Na ocasião ficou consignada a oscilação da jurisprudência da Corte sobre o tema e destacou-se que a tendência atual seria pela observância da cláusula constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII).

Consignou-se a existência de semelhante movimento por parte da doutrina no sentido de que somente podem ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis e que tal orientação estaria em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, assim como da recomendação por parte do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, segundo a qual o Poder Público deve abster-se de prejulgar o acusado.

No julgamento, relembrou-se o verbete n. 444 da Súmula do STJ, que dispõe que "*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*", asseverando que, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a se ter em conta na fixação da pena, a presunção deve militar em favor do acusado.

Registrou conflitar com ordem jurídica, considerar para a majoração da pena-base, os processos que tenham resultado na aceitação de proposta de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 6º); na concessão de remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em procedimento judicial para apuração de ato infracional, com aplicação de medida de caráter reeducacional; na extinção da punibilidade, entre outros, excetuados os resultantes em indulto individual, coletivo ou comutação de pena.

Por fim, as condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes para efeito de exacerbação da pena-base. A incidência penal só serve para agravar a pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver transitado em julgado em momento prévio, pois deve ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa. A ementa ficou assim formatada:

> PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015)

Neste julgado, foi uma boa oportunidade de o Supremo analisar a questão da temporariedade dos antecedentes, no entanto, restou consignado que o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do CP não seria óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma, ou seja, prevalecia ainda o sistema da perpetuidade dos antecedentes.

Em regra, a doutrina entende que os antecedentes criminais dizem respeito aos dados atinentes à vida pregressa do réu na seara criminal, ou seja, os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins. Nas lições de Cleber Masson[2], seria "como o 'filme' de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes".

Rogério Greco[3], entende que os antecedentes criminais

> [...] dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal.

Ocorre que, como o legislador não definiu o prazo para os antecedentes criminais, como fez com a reincidência (art. 64, I, do CP), no Superior Tribunal de Justiça, fixou-se o entendimento majoritário pela perpetuação dos maus antecedente, enquanto que no Supremo Tribunal Federal vem se adotando o sistema da temporariedade para os maus antecedentes, a exemplo do HC 119200 de relatoria do Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, do qual agregamos os seguintes julgados:

> STF - Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes**. Aplicação do princípio da razoabilidade**. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória. (HC 110191, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 03-05-2013 PUBLIC 06-05-2013)

> STF - EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Interposição contra julgado em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário cabível. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Dosimetria. Fixação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Penas ainda não extintas. Constrangimento ilegal inexistente. Recurso não provido. 1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento do habeas corpus encampou a jurisprudência da Primeira Turma da Corte no sentido da inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário (HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 11/9/12), o que resultou no seu não conhecimento. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal**, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.** 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido. (RHC 118977, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, **Primeira Turma**, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

STF - Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. **4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana**. **5. Direito ao esquecimento.** 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. (HC 126315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015)

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5°, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos. (HC 142371, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **Segunda Turma**, julgado em 30/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017)

Neste sentido, a Corte Suprema, visando dar segurança jurídica ao tema, definirá a questão no julgamento do RE n. 593.818-RG/SC, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em que foi reconhecida a Repercussão Geral, sendo que da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, extraímos alguns fundamentos que revelam importantes justificativas para fixação da tese

da temporariedade para os maus antecedentes, seguindo-se a mesma ótica da reincidência, senão vejamos:

1. Não se poderia fazer uma interpretação *in malam partem*, para permitir a perpetuação dos maus antecedentes diante da omissão do legislador em estabelecer um prazo para sua consideração;

2. A perpetuação de efeitos que a lei não prevê fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade e do caráter socializador da reprimenda penal.

3. A perpetuação dos maus antecedentes fere o direito ao esquecimento;

4. Se o legislador contemplou a prescrição para a reincidência que é mais grave, com maior razão justifica a sua aplicação para os maus antecedentes, que são menos grave.

5 . Considerar negativamente condenações já alcançadas pelo período depurador da reincidência como maus antecedentes, gera um juízo moral muito subjetivo e pessoal para afirmar que a personalidade do paciente é desvirtuada pela habitualidade criminosa.

Sendo assim, o conceito de maus antecedentes não poderia ser mais amplo do que o de reincidência, uma vez que se fosse essa a intenção do legislador, os maus antecedentes figurariam como causa de aumento de pena (3ª fase) e não como circunstância judicial (1ª fase) que são menos graves do que as agravantes (2ª fase), sendo que com esta mesma razão, não se poderia justificar que o direito ao esquecimento deva ter um prazo maior do que o período depurador da reincidência.

O argumento de alguns julgados do STJ, inclusive já utilizado pela Ministra Carmem Lúcia, de que a limitação dos maus antecedentes no tempo caracterizaria a violação ao princípio da igualdade, uma vez que não se poderia tratar um ex-condenado tal qual um criminoso primário que nunca cometeu um crime, se mostra fragilizado diante dos argumentos dos demais Ministros da Suprema Corte, especialmente porque utiliza-se de uma garantia individual para prejudicar o réu em favor do Estado-acusador.

Por outro lado, a falta de definição dos maus antecedentes pelo legislador, bem como a sua limitação no tempo, nos possibilita, com base no arcabouço penal brasileiro extrair algumas situações esdruxulas, senão vejamos:

1. Situação primeira: Fulano, no ano 1965 foi condenado ao crime de porte ilegal de drogas para consumo pessoal a uma pena de 6 meses de detenção (art. 16, da Lei 6.368/65), cumpriu sua pena, pagou sua dívida com a sociedade, pena esta que foi extinta, tendo já passado o período depurador para fins de reincidência. Em janeiro 2017, após 52 anos do primeiro fato, resolveu sonegar o imposto de renda, sendo processado ao crime do art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.137/90, cuja pena é de 2 a 5 anos de reclusão. O juiz ao julgá-lo, se adotar o posicionamento do STJ, deverá afastar a reincidência, mas aumentar a pena base e certamente aplicará um aumento de aproximadamente 4 meses, o que seria mais grave do que a pena do atual crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, da Lei n. 11.343/06), que não mais possui pena privativa de liberdade. **Pergunta-se**: não haveria aqui uma dupla punição pelo fato anterior, muitos anos atrás? Não estaria esta regra em conflito com a proibição constitucional de pena de caráter perpétuo?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. Situação segunda: Beltrano condenado definitivamente por uma contravenção penal, tão logo transitou em julgado a condenação, pratica um crime. Não será considerado reincidente, por falta de previsão legal, pois não há no art. 63 do Código Penal essa previsão, assim como não há no art. 7º da Lei de Contravenções Penais. No entanto, seguindo a orientação do STJ, será considerado possuidor de maus antecedentes pelo resto de sua vida?

3. Situação terceira: Cicrano que cumpria pena por um delito qualquer, durante a execução penal praticou um crime de lesões corporais leve, contra um colega de cela. Crime doloso, que nos termos da Lei n. 7.210/84 caracteriza falta grave, que poderá regredir o seu regime, bem como perder os dias remidos em até 1/3, no entanto, apesar de não existir um prazo previsto em lei sobre a prescrição das faltas disciplinares, os tribunais tem aplicado o menor prazo prescricional previsto no art. 109, do Código Penal, para prescrever a falta disciplinar**,** a exemplo da prescrição para as contravenções penais, cuja LCP foi omissa na sua previsão. **Pergunta-se**: se para as faltas disciplinares, que são menos graves do que os maus antecedentes, a jurisprudência admite prescrição, qual a razão de não adotar o prazo prescricional para os maus antecedentes? Da mesma forma, se para as contravenções penais, que contemplam penas menos graves (prisão simples e/ou multa), a jurisprudência admite a prescrição, por qual razão não adotar a prescrição para os maus antecedentes que podem gerar penas muito mais graves do que a prisão simples das contravenções?

4. Situação quarta: uma pessoa cumpre três meses de pena por um crime culposo, passados cinco anos da extinção de punibilidade, volta a ser primário, pratica um crime de homicídio doloso qualificado (reclusão de 12 a 30 anos), não será difícil imaginar que na dosimetria da pena o juiz lhe exasperará a pena-base em mais de um ano por força dos maus antecedentes. **Pergunta**: qual a lógica de dar um aumento de pena a um crime doloso, por força de um crime culposo, cuja pena já foi cumprida, extinta e depurada? Existe razoabilidade nisso?

5. Situação quinta: duas pessoas praticam uma infração penal de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/95), em concurso de agentes. Submetidos a julgamento, a primeira aceita a transação penal, portanto sua conduta não constará da certidão de antecedentes criminais (art. §6º, art. 76, L. 9099/95), se praticar um novo crime (de maior potencial ofensivo) não será considerado reincidente, bem como possuidor de maus antecedentes. A segunda pessoa, por acreditar na sua inocência, não aceita a transação penal, vai a julgamento, no entanto, é condenado. Se praticar um novo crime ou uma contravenção penal será considerada reincidente, e eternamente possuidor de maus antecedentes, na visão do STJ. **Pergunta-se:** existe razoabilidade ou proporcionalidade neste tratamento diferenciado causado pela legislação? Não pode o Judiciário interpretar o direito para corrigir essas distorções?

Rememore-se que na omissão quanto ao conceito de maus antecedentes, o STF decidiu em Repercussão Geral que "*Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais*". (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014). No Superior Tribunal de Justiça restou sumulado que "*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*" (Sumula 444, STJ).

Portanto parece contraditório analisar os maus antecedentes de maneira restrita e, ao mesmo tempo, defender a sua perpetuidade. Ademais, o critério trifásico adotado pelo nosso Código Penal constitui uma escala progressiva de gravidade. Assim, não teria cabimento a reincidência

perdurar apenas por um determinado período e os maus antecedentes, menos grave, durarem para sempre.

Aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes é pactuar com o etiquetamento combatido pela criminologia crítica, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, ou seja, seria o próprio Estado interferindo na sua ressocialização. E neste sentido, vale lembrar o voto do saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro, adotado em 1993, após a nova ordem Constitucional:

> *Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos.* ***O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo.*** **Transcorrido o tempo referido, evidenciando-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para afastar os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada** [RHC nº 2.227-2 MG, 6ª T., STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* 29/03/93, p. 5.268.]

Eventual argumento de que a reincidência foi contemplada com o período depurador para evitar, além do agravamento da pena, a aplicação dos demais efeitos decorrentes do seu reconhecimento, não deve prosperar, pois ambos os institutos, geram aumento de pena e também impedem outros benefícios previsto em lei, senão vejamos:

1. No Código Penal, além de aumentar a pena como circunstância judicial desfavorável (art. 59, caput), tem como efeito influenciar na concessão de pena restritivas de direito (art. 44, III, CP), no reconhecimento da fixação do crime continuado específico (parágrafo único do art. 71 do CP); impede a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77,II,CP); aumenta o prazo para concessão de livramento condicional de 1/3 para 1/2 (art. 83, I, CP); impede que o juiz possa deixar de aplicar a pena (perdão judicial) ou somente aplicar a multa no crime de apropriação indébita previdenciária (§3º, art. 168-A, CP), o mesmo ocorrendo no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, CP).

2. Na lei dos crimes contra a segurança nacional, impede a suspensão da pena condicional da pena quando o crime for praticado em tempo de paz (Lei n. 7.170/30, art. 5º, inc. II);

3. Impede a transação penal, nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, § 2º, III, da Lei n. 9.099/95).

4. Tem reflexo nos crimes ambientais quando da dosimetria da pena (art. 6º, II, da Lei 9.605/98) e na substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 7º, III, da Lei 9.605/98);

5. Impede a autorização para aquisição de arma de fogo nos termos do art. 4º, inc. I, do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), impede a autorização de porte, nos casos daqueles que depender do emprego de arma de fogo para prover sua subsistência alimentar familiar (art. 6º, § 5º, III, Lei 10.826/2003);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

6. Na Lei Maria da Penha os antecedentes são apreciados de forma negativa nas medidas protetivas (art. 12, VI, da Lei n. 11.340/06);

7. São apreciados de forma negativa para determinar se a natureza da droga destinava ou não para o consumo pessoal (art. 28, § 2º, da Lei de 11.343/06), ou seja, na tipificação do crime; influencia na fixação do quantum de redução de pena de um sexto a dois terços, no crime de tráfico de drogas (§4º, do art. 33, Lei n. 11.343/06).

8. No CPP os antecedentes são analisados para concessão da suspensão condicional da pena (art. 696, II, CPP) a extinção da suspensão (art. 708, parágrafo único, CPP); São analisados para fins de livramento condicional (art. 714, I, CPP); para fins de concessão de graça e indulto (art. 736, CPP); para fins de reabilitação criminal (art. 748, CPP);

9. Na Lei de Execuções Penais os antecedentes servem para classificar o condenado em área mais grave para fins de individualização da pena (art. 5º, Lei 7.210/84), devendo constar da guia de recolhimento (art. 106, IV, LEP), tem reflexo na concessão de progressão para o regime aberto (art. 114, II, LEP); É aferida na conversão da privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 180, III, LEP); São objeto de avaliação na concessão de Anistia e Indulto (art. 190, L 7.2010/84).

10. Da mesma forma no Código Penal Militar (art. 69, Decreto-lei n. 1001/69), os antecedentes são analisados na fixação da pena privativa de liberdade, como pressuposto impeditivo da suspensão condicional da pena (art. 84, II); Na Cassação de licença para dirigir veículos motorizados (art. 115);

Ressalta-se que os efeitos deletérios dos maus antecedentes, caso não sejam limitados no tempo, poderão impedir perpetuamente a regeneração daquele que os possui, inclusive com impedimento de participar de determinados concursos públicos, pois segundo o STJ "[...] *nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais*" (RMS 33.183/RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013). No mesmo sentido (AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 18/02/2014).

Por outro lado, parece injusto considerar um réu possuidor de maus antecedentes, com apenas uma condenação anterior, após o período depurador da reincidência e não considerar aqueles que possuem uma extensa folha penal, com dezenas de inquéritos em andamento, diversos processos penais sem trânsito em julgado, conforme pacífico entendimento dos Tribunais Superiores.

Vale trazer à baila os ensinamentos do professor Ney Moura Teles:

> O passado das pessoas não é indicador de seu futuro, nem um rosário de crimes indica, necessariamente, sua continuidade. Por isso, não se pode aceitar que aquele que já cometeu crime, só por isso, deverá merecer maior censura se vier a cometer outro crime. [...] Fixar pena com base no passado do agente é o mesmo que fixá-la com fundamento em sua raça, na religião que professa, na cor de seus olhos ou de sua pele, ou na textura de seus cabelos. É fixá-la com base em elemento completamente dissociado do fato criminoso por ele praticado.

> Os antecedentes, por isso, num direito penal de cariz democrático – o direito penal do fato –, não podem influir na determinação da qualidade e da quantidade de pena, da reprimenda, da resposta penal. Lamentavelmente, o art. 59 do Código Penal a eles faz expressa referência, mas tal referência colide frontalmente com o princípio da culpabilidade, daí por que os juízes, no momento da fixação da pena, não devem considerá-los enquanto circunstância judicial que prejudique o agente do crime.

O Direito Penal moderno é um direito penal do fato e o agente deve ser punido pelo que efetivamente praticou e não pelo que ele foi. A consideração sobre os antecedentes não deveria influir de maneira a exasperar a pena-base do agente, transpondo os limites estipulados por sua culpabilidade no caso concreto submetido a julgamento. Sustentar o contrário significa estabelecer dupla punição, por força do reconhecimento de maus antecedentes.

O argumento de que os maus antecedentes se esvaziariam caso o STF venha manter a tese da temporariedade dos antecedentes é de pobreza franciscana, pois o conceito de maus antecedentes foi evoluindo paulatinamente até chegarmos ao entendimento prevalente nos tribunais, a exemplo da Súmula 444 do STJ, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Neste sentido, ainda para efeitos de maus antecedentes, poderia ser considerado as condenações com trânsito em julgado, que não fossem utilizadas como reincidência (casos de dupla reincidência), a condenação anterior à contravenção penal, sem ser alcançada pelo período depurador da reincidência. As condenações sem trânsito em julgado, mas já esgotados os recursos de segunda instância, tendo em vista a possibilidade de cumprimento da pena provisoriamente, fixado pelo STF em Repercussão Geral. As condenações transitadas em julgado que venham a ocorrer no curso da respectiva ação penal, conforme vem apontando alguns julgados.

Interessante observar que após as decisões no Supremo Tribunal Federal, alguns julgados mais recentes nas duas turmas criminais do STJ, paulatinamente, vem flexibilizando a perpetuação dos maus antecedentes, senão vejamos:

> STJ (5ª Turma, por **unanimidade**) [...]1. O e. Ministro Dias Toffoli concedeu ordem de Habeas Corpus em favor do ora agravante, determinando a este Relator a realização de nova dosimetria da pena com o afastamento da valoração negativa do vetor judicial dos maus antecedentes. 2. **Nessa linha de raciocínio "as condenações alcançadas pelo período depurador não caracterizam maus antecedentes**" (RHC 118.977/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 4/4/14 e HC 110191/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 6/5/13). 3. Dosimetria da pena refeita, com aplicação do redutor do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343.06 e alteração do regime prisional, em atendimento à ordem do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo parcialmente provido. (OF no AgRg no AREsp 981.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, **QUINTA TURMA**, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017)

> STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se considerar uma condenação anterior como maus antecedentes, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, **deve ser relativizado**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> **o único registro penal anterior do acusado, tão antigo, de modo a não lhe imprimir excessivo relevo a ponto de ensejar o reconhecimento de maus antecedentes** e de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1478425/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, **SEXTA TURMA,** julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

> STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] 2. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, em princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes. 3**. Contudo, à luz do princípio da razoabilidade, tendo em conta que a pena imposta, relativa ao delito que gerou a valoração negativa dos antecedentes, foi cumprida há mais de 16 anos deve ser, excepcionalmente, afastado o trato negativo da vetorial.** [....] 5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 1 mês de detenção e 75 dias-multa. (HC 354.361/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016)

> STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] 3. Em regra, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de condenações cujo cumprimento ou extinção da pena se deu em lapso superior a 5 anos. 4. **A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a negativa dos antecedentes, relativizando os efeitos das sentenças condenatórias pelo excessivo decurso do tempo. 5. A interpretação da lei penal não pode conduzir à aplicação em que à reprimenda se imprima caráter perpétuo, nos termos do art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal**. 6. **Ante a exígua pena imposta na ocasião (1 ano de reclusão e 10 dias-multa) e o trânsito em julgado da condenação utilizada, datada de 27/8/2001, necessário afastar a negativação dos maus antecedentes, reduzindo a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa.** 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reduzir a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa. (REsp 1559511/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016)

Cumpre ressaltar ainda que penalistas de peso compartilham deste entendimento a exemplo de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho[4], a família Delmanto[5]; Cezar Roberto Bitencourt[6]; José Antônio Paganella Boschi[7], entre outros, valendo destacar, por extremamente relevante, a lição do professor Paulo Queiroz[8]:

> Como vimos, autores há que entendem que, retomando a condição de primário, em razão do decurso do prazo de cinco [anos] sem praticar novo delito, poder-se-á, não obstante, usar tal condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, **há clara ofensa ao princípio da legalidade, pois, se, com o decurso do prazo, cessa a reincidência, principal forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência).** Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo. (negritamos)

O entendimento exposto, tem como supedâneo principal a vedação das penas de caráter perpétuo, vez que condenação anterior não pode ser utilizada indefinidamente para majorar outra sem qualquer limite. Aliás, a se entender pela consideração de condenação pretérita como maus antecedentes independentemente de lapso temporal, cria-se uma pena que ultrapassa até mesmo o prazo máximo prescricional previsto no Brasil de 20 (vinte) anos, lembrando-se ser a prescritibilidade regra em nosso ordenamento jurídico.

Mas infelizmente, tudo que aqui foi dito, tende a não ser a conclusão no julgamento do Recurso Extraordinário RE n. 593.818-RG/SC, de relatoria do Min. Roberto Barroso, que se arrasta no STF desde de 2008, uma vez que em 15/08/2019, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia, que davam parcial provimento ao recurso extraordinário, a favor do Ministério Público, no sentido de não se adotar o sistema da temporariedade dos maus antecedentes.

Abriu a divergência o Ministro Ricardo Lewandowski, que negou provimento ao recurso. Em seguida pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio, que tende a acompanhar a divergência, uma vez que foi relator na 1º do RHC 119.200/PR concedendo a ordem para afastar os maus antecedentes. O Ministro Celso de Melo já julgou contra os maus antecedentes nos seguintes processos: RHC 110.191/RJ, HC 126315/SP, HC 130500 / RJ, HC 138802 , HC 142371. Já os Ministro Gilmar Mendes e Dias Toffoli, foram relatores de mais de um Habeas Corpus, concedendo a ordem para afastar os maus antecedentes, portanto.

Sendo assim, a esperança está por um fio (ou um voto) de não mais se aplicar os maus antecedentes, quando já passado mais de cinco anos do cumprimento da pena ou da sua extinção, a exemplo do que ocorre com a reincidência (período depurador), esse voto, certamente ficará nas mãos do Ministro Luiz Fux, oriundo do STJ, cujo entendimento é pela perpetuidade, mas que acompanhou o julgamento do HC RHC 119.200, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, concedendo a ordem contra os maus antecedentes, podendo ao longo da continuidade da votação, alguns dos ministros que já votaram mudarem seu voto.

NOTAS:

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591.054/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28591054.NUME.+OU+591054.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zujbzte >. Acesso em 12 jun. 2017.

[2] MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 / Cleber Masson. – 9.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Versão Ebook.

[3] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. Versão Ebook.

[4] CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO. Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. p. 52, 3ª ed., 2004, Lumen Juris.

[5] DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 9. ed. rev., atual, e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2016. Versão Epub.

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015. Versão Epub.

[7] BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 6ª ed., 2000, Livraria do Advogado: RS. p. 168.

[8] QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed., 2008, Lumen Juris: Rio de Janeiro. p. 342-343.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE, DE NATUREZA INCONDICIONADA, COMETIDO NA SITUAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006, E O DIREITO À LIBERDADE DE ESCOLHA DA VÍTIMA.

LAURA CAROLINE COUTINHO LATORRACA: Bacharel em Direito. Administradora. Gestora Escolar

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO [2]

(orientador)

RESUMO: Desde a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, como é mais conhecida a Lei nº 11.340/2006, questionava-se, na doutrina e nos tribunais, intensamente, sobre a necessidade ou não de representação criminal para a apuração e processamento dos crimes de lesão corporal de natureza leve praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. O Supremo Tribunal Federal demorou a chegar em um entendimento definitivo do assunto, que ocorreu no julgamento da ADI nº 4424, proposta pelo Procurador-Geral da República, em que restou assentada a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico. Logo, o presente trabalho versa sobre a importância do dilema envolvendo a continuidade da ação penal, independentemente da vontade da vítima, nos casos de lesões corporais leves no âmbito da violência doméstica e familiar. O tema é polêmico, faz parte da realidade inserida no Estado e independe de classe social ou condição financeira dos seus agentes.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Doméstica; Lesões Corporais Leves; Autonomia da mulher; Direito de escolha.

ABSTRACT: Since the entry into force of the Maria da Penha Law, as Law nº 11.340/2006 is better known, in the doctrine and in the courts, there has been intense questioning about the need or not of criminal representation for the investigation and processing of crimes of minor bodily injury committed in the context of domestic and family violence against women. The Federal Supreme Court took a long time to reach a definitive understanding of the matter, which occurred in the judgment of ADI No. 4424, proposed by the Attorney General, in which the unconditional nature of the criminal action in the case of a crime of injury was established, regardless of the extent of this, practiced against women in the domestic environment. Therefore, the present work deals with the

2 Orientador: Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e Direito Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos pela UFT. E-mail: ewalcacer@gmail.com

importance of the dilemma involving the continuation of the criminal action, regardless of the victim's will, in cases of light bodily harm in the context of domestic and family violence. The theme is controversial, it is part of the reality inserted in the State and it does not depend on the social class or financial condition of its agents.

KEYWORDS: Domestic violence; Minor Bodily Injuries; Women's autonomy; Right to choose.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dos antecedentes a promulgação a Lei Maria Da Penha. 1.1. A punição do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 1.2. A Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém). 2. O crime de lesão corporal leve e a Lei Maria da Penha. 2.1. A definição original da lei. 2.2. O entendimento do STF quanto a Natureza da ação penal. 3. A ausência de autonomia da mulher e as implicações de ordem processual e práticas. 3.1. A Revitimização. 3.2. Os usos desvirtuados da lei. 3.3. As alternativas possíveis: a justiça restaurativa como possibilidade de resolução. 4. Conclusão.

INTRODUÇÃO

De acordo om a Constituição Federal de 1988, seu artigo 5ª dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e diante dessa premissa surge a discursão central do presente trabalho, com relação às vítimas de violência doméstica e familiar, protegidas pela Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Maria da Penha, tendo em vista os diversos conflitos de interesses existentes quando nos deparamos com as tratativas dadas as condutas delitivas, norteadas pela normativa legal, e os valores sociais enraizados no contexto familiar, para a proteção e o fim da violência contra a mulher.

Nesse contexto, há uma dualidade onde de um lado o Estado busca dar proteção às mulheres vítima de violência doméstica e familiar e por outro lado essas mulheres perderam sua a autonomia, seu poder de decisão, antes resguardado pelo legislador. Perdendo também o devido suporte e igualdades de condições entre os gêneros, no contexto das relações familiares, quando, através da lei, foi retirado da vítima, nos casos de lesão corporal leve, a autonomia de escolha para continuar ou não com a persecução penal em relação a seus agressores.

O Supremo Tribunal Federal na Adin nº 4424, trouxe o argumento de que a proteção que a Lei Maria da Penha objetivava não era efetiva em razão das ameaças sofridas pelas vítimas, que por medo dos seus agressores desistiam da ação, por esta razão alteraram a natureza jurídica da ação penal nos casos de lesão corporal leve para pública incondicionada. No entanto, percebe-se que o maior temor das vítimas está relacionado com a incapacidade do Estado em protege-las.

DOS ANTECEDENTES A PROMULGAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

No Brasil, o processo de promulgação de uma lei especial de combate à violência doméstica contra a mulher não é apenas longo, mas também é antecipado por inúmeras manifestações e debates. Na década de 1970, quando um grupo de mulheres saiu às ruas com o slogan "Quem ama não mata", foi levantada com vigor a bandeira da antiviolência, que foi incluída na agenda feminista como uma de suas principais reivindicações. Grupos foram formados e manifestações foram realizadas para a punição dos assassinos. (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010).

Um dos casos mais representativos da época foi o caso Doca Street, que assassinou sua parceira. No tribunal do júri, ele alegou que "defendeu sua honra". Alegação comumente utilizada por advogados de defesa para reduzir a pena ou mesmo para absolvição. Tese esta, nos dias de hoje, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 15/03/2021 através da ADPF nº. 779.

Somente a partir do ano de 1980, a questão da violência contra a mulher passou a ser incluída na pauta das ações governamentais e em 1985, por conta da luta do movimento de mulheres, foi criada a primeira Delegacia Especial da Mulher.

Em 1990 no Congresso Nacional havia alguns projetos de lei voltados para aplicação de medidas punitivas e/ou ações pontuais, mas a representação feminina no Congresso era pequena e a ação ainda não era prioridade para a política criminal, e consequentemente para os decisores políticos como pauta a ser defendida. No entanto, nesse período houve uma maior mobilização das feministas que organizaram seminários e reuniões em que o foco principal era a violência contra a mulher, pois não havia na legislação brasileira proteção específica para as vítimas de violência doméstica e familiar, e as conquistas legislativas dessa época e no início dos anos 2000 eram insignificantes e praticamente restritas à alteração do código penal.

Mesmo com os avanços legislativos, as incorporações efetivadas no código penal não amenizavam o sofrimento das mulheres, era como se o fato da violência ser praticada no lar, devessem ser guardadas em segredo, sem interferências de terceiros ou do Estado.

Um exemplo esdrúxulo foi o Projeto PL 905/1999, apresentado pelo então deputado Freire Júnior (PMDB/TO), que inusitadamente "forçava" uma reconciliação em nome de uma "paz familiar", onde juiz ou conciliador deveria apresentar às partes "os benefícios da conduta familiar pacífica, os direitos e deveres de cada ente da família, firmando-se o pacto de cessação da violência, que será assinado pelas partes e homologado pelo juiz". Logo, a violência doméstica era vista como uma simples "briga de casal, em que ninguém deveria se meter", seguindo a lendária frase "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A PUNIÇÃO DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Era maio de 1983 quando a farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes dormia em sua casa quando fora atingida pelo seu companheiro com um tiro nas costas, deixando-a paraplégica. Seu cônjuge, Marco Antonio Herredia Viveros, um colombiano naturalizado brasileiro, economista e professor universitário, pai de suas três filhas. Esta foi a primeira tentativa de homicídio que Maria da Penha sofreu, no entanto já vivenciara vinte anos de violência doméstica. Seu companheiro, para justificar o ocorrido, falou que ladrões haviam invadido a residência do casal e atiraram contra sua mulher, fatos relatados na autobiografia "Sobrevivi...posso contar" que relata a vida da autora, Maria da Penha, que sofreu cruel, dolorosa e covarde violência (FERNANDES, 2012).

Após sua internação, ao retornar para o convívio com o então marido, viveu em regime de isolamento e este novamente atentou contra sua vida tentando eletrocutá-la durante o banho.

Cansada de tanto sofrimento, essa nordestina que poderia ser mais uma "Maria" a sofrer violência doméstica calada, transformou sua história de sofrimento em luta. Sua súplica por justiça deu voz a todas as mulheres brasileiras. Saiu de casa com suas filhas e ingressou com ação na justiça, denunciando seu marido pelos abusos que tanto sofrera.

Por duas vezes Maria da Penha se sentiu injustiçada: em 1991, quando os advogados do réu anularam o julgamento e em 1996, quando o réu foi condenado a dez anos e seis meses, mas recorreu e acabou passando apenas cerca de dois anos preso.

Segundo FERNANDES (2012) em razão da sentença proferida pela justiça brasileira, no ano de 1998 o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional – CEJIL, o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM e a vítima Maria da Penha protocolaram denúncia junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - CIDH/OEA. O que consequentemente seria a consagração de um marco, onde pela primeira vez a OEA acolhia uma denúncia de violência doméstica.

Após a análise da denúncia protocolada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - CIDH/OEA, em 2001, responsabilizou o Brasil por omissão, negligência e tolerância. Foi recomendado que o Brasil pagasse a Maria da Penha uma indenização e que o país cumprisse de forma "rápida e eficiente os procedimentos criminais" contra seu ex-marido. A comissão acusou o país de ter descumprido dois tratados internacionais dos quais é signatário: a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra Mulher, conhecida como Convenção de Belém, aprovada em 1993, que

garantem às mulheres vítimas de violência doméstica amplo direito de defesa. (FERNANDES, 2012).

Com a repercussão do caso levada a nível internacional, iniciou-se uma longa discussão sobre a violência doméstica contra a mulher, foram elaboradas propostas em um consórcio de ONGs e após reformulação, efetuada por um grupo de trabalho interministerial do Governo Federal, a proposta foi encaminhada para o Congresso Nacional. Transformada a proposta em Projeto de Lei, durante o ano de 2005 houveram várias audiências públicas em Assembleias Legislativas em todo o País, com a participação de entidades da sociedade civil. Assim, a Lei nº 11.340 foi sancionada pelo então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, em 07 de agosto de 2006. (CONGRESSO NACIONAL, 2006)

O caso Maria da Penha demostra que a pressão externa transforma a atuação, inclusive legislativa, de um país, considerado Estado violador, trazendo necessárias mudanças. Foi o constrangimento, de caráter moral, sofrido em âmbito internacional, e as punições que o País veio a sofrer por infringir convenções previamente firmadas, que fizeram o Brasil editar a aludida lei e, desde então, progredir no combate à violência contra a mulher.

A CONVENÇAO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (CONVENÇÃO DE BELÉM)

Segundo Souza et. al. (2010) em 1993 a Assembleia da Organização das Nações Unidas adotou a "Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres". É justamente de acordo com a definição do instrumento do termo “violência contra a mulher” que essa questão começou a ser vista como uma questão a ser tratada de maneira especial.

A Declaração se baseou na dupla obrigação de eliminar a discriminação e garantir a igualdade de gênero. Sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres se referia a qualquer violência baseada no gênero que causasse dano físico, sexual ou psicológico ou sofrimento às mulheres, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade. Podendo acontecer na esfera pública ou privada (PIOVESAN, 2013).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - a Convenção de Belém do Pará, foi editada pela Organização dos Estados Americanos em 1994 e ratificada pelo Estado brasileiro em 1995. Sendo durante muito tempo uma das reivindicações das mulheres e do movimento feminista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Convenção de Belém do Pará foi o primeiro tratado internacional para proteger os direitos humanos das mulheres e reconhece claramente que a violência contra as mulheres é um problema social generalizado, conforme demonstrado em parte do preâmbulo do documento que diz:

A Assembleia Geral [...] Preocupada porque a violência em que vivem muitas mulheres na América, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, é uma situação generalizada; [...] Convencida da necessidade de dotar o sistema interamericano de um instrumento internacional que contribua para solucionar o problema da violência contra a mulher; [...] 3

A Convenção diz que a violência contra as mulheres é uma violação grave dos direitos humanos, uma violação da dignidade humana e uma manifestação da relação de poder desigual entre homens e mulheres na história. Portanto, a violência contra as mulheres constitui um padrão específico de violência de gênero, que pode causar morte, lesões ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres. A Convenção de Belém do Pará representa um grande passo à frente na violência contra as mulheres e tem servido de exemplo para vários países fora das Américas.

2. O CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE E A LEI MARIA DA PENHA

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça até o ano de 2012 era no sentido de que as lesões corporais de natureza leve, originada pela violência doméstica, eram de ação penal condicionada à representação, ou seja, a persecução penal dependia da apresentação da vítima na delegacia.

No entanto, ao julgar a ADI 4.424 em 09/02/2021 o Supremo Tribunal Federal decidiu que os crimes de lesão corporal de natureza leve, no âmbito da violência doméstica, seriam de ação penal pública incondicionada, ou seja, independeriam da representação da vítima. Em seguida, o Supremo Tribunal de Justiça editou a súmula nº 5424, trazendo em sua redação: "A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada".

Consequentemente os crimes de lesão corporal leve não poderiam ser retratados pela vítima, cabendo ao Ministério Público a execução da ação. A partir daí vários

3 Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/87635cf860191e380f7d2fcf4ff588e5.pdfAcessado em 17/11/2021.

4 Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub. Acessado em 17/11/2021

doutrinadores passaram a divergir em relação ao tipo de ação penal a aplicar nos casos de lesão corporal leve, alguns, como Maria Lúcia Karam, são a favor da ação condicionada a representação ao afirmar que:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado. (5)

Dessa forma não se pode afirmar precisamente que a alteração na natureza da ação penal trouxe somente consequências positivas, pois ao tentar proteger a mulher, denunciando seu agressor mesmo contra sua vontade, estaria se atentando contra seu direito fundamental à liberdade, atingindo também sua dignidade.

Deste modo, nada mais justo que dar a vítima a oportunidade de decidir sobre seu destino, e foi justamente o contrário que tal alteração na natureza da ação penal fez, já que antes era condicionada à representação e passou a ser incondicionada.

Ocorre, que mesmo com a representação na delegacia, algumas mulheres retornam dias depois ao judiciário requerendo a retratação, ocorrendo posteriormente o arquivamento dos autos, logo, essa discricionariedade dada pela representação, acaba por tornar o acusado impune, tornando sem efeito o objetivo mais rigoroso da Lei 11.340/06.

Nesse sentido, independentemente da manifestação da requerente, o caminho adequado para o presente caso seria o ajuizamento da ação penal. Todavia, como a vítima não pode ser conduzida coercivamente, portanto ações quando ajuizadas, contrariamente ao interesse da requerente, via de regra, não irão alcançar o resultado pretendido pelo judiciário, na medida em que a vítima em nada colaborará, e como os casos de violência são praticados em ambiente reservado, o depoimento da ofendida se torna de suma importância para o deslinde da causa.

Nessa toada, quando encontrada, é natural que a requerente, ao ser inquirida, negar-se a responder às perguntas formuladas ou, pior, negar a ocorrência do crime, submetendo-se ao risco de se ver processada por denunciação caluniosa, além ainda de ocasionar a absolvição do réu e a extinção definitiva da possibilidade de processamento do acusado.

---

5 KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim IBCCRIM, nº168, nov. 2006. p. 6.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Logo, apresenta-se muito mais protetivo, nesse momento, o arquivamento do feito diante da evidente inutilidade de ajuizamento da ação, quando não seja possível produzir prova para sustentar uma condenação.

2.1. A DEFINIÇÃO ORIGINAL DA LEI

Inicialmente para os crimes de lesão corporal leve a legislação brasileira estipulava que deveria ser processado por meio de ação penal pública incondicionada, pois não havia dispositivo claro em contrário. Neste caso, os crimes previstos no artigo 129 do Código Penal estavam sujeitos ao processo penal público incondicionado sob qualquer forma, cabendo ao Ministério Público a responsabilidade, sendo titular a ação, com os motivos justificados, independentemente da vontade da vítima, denunciar o agressor.

Posteriormente, o artigo 88 da Lei nº 9.099 / 95 estipulou em suas disposições finais que "além dos pressupostos do direito penal e da legislação especial, os processos penais relativos a lesões corporais leves e crimes por lesão culposa dependeria de representação". Dessa forma, a partir da vigência da Lei nº 9.099 / 95, que instituiu um juízo especial, as lesões corporais leves e culposas passaram a ser de ação penal pública condicionada a representação. (BRASIL, 1995)

2.2. O ENTENDIMENTO DO STF QUANTO A NATUREZA DA AÇÃO PENAL

Primeiramente, de acordo com o teor do artigo 41 da Lei nº 11.340 / 06, a jurisprudência brasileira se baseava no caráter público incondicional da ação por crime de lesão corporal leve cometido em razão da violência doméstica.

Porém, em 21 de maio de 2010, no Recurso Especial – RE nº 1.097.042- DF, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, assinou entendimento de que as vítimas devem manifestar sua vontade quanto a representação: "é imprescindível a representação da vítima para propor ação penal nos casos de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica"

Resp nº 1097042. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA. 1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima. 2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras. 3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada. 4. Recurso especial improvido. (6)

Junto com o terceiro, quinto e sexto grupos que compõem a terceira instância do Tribunal Superior de Justiça, excluiu-se a natureza jurídica incondicional do processo penal público por violência doméstica na Lei nº 11.340 / 2006, em razão principalmente ao disposto no Artigo 16 da mesma, que estipula: "nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público".

Por fim, pode-se citar a doutrina da jurista Maria Lúcia Karam utilizada pelo Ministro Jorge Mussi para justificar seu voto no edital de convocação supra citada.

Não há como pretender que se prossiga uma ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de alimentos, partilhas de bens e guarda de visita. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos, envolvendo as questões de Direito de Família, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas por meio das quais as mulheres podem exercer o poder na relação com os companheiros.(7)

Contudo, indo em direção contrária ao entendimento supra, e com excesso de proteção, o STF acabou por interferir no direito de liberdade da mulher, através da Adin nº. 4424 em decisão final proferida:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado

7 Disponível em: https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d18-16-a-acao-penal-no-crime-de-lesao-corporal-no-ambito-domestico-e-o-recente-entendimento-do-supremo-tribunal-federal-na-adi-4424/ Acessado em 17/11/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. - Plenário, 09.02.2012.(8)

3. A AUSÊNCIA DE AUTONOMIA DA MULHER E AS IMPLICAÇÕES DE ORDEM PROCESSUAL E PRÁTICAS

Lembremos aqui da célebre frase de Chaplin: "Nunca a alma humana surge tão forte e nobre como quando renuncia à vingança e ousa perdoar uma ofensa". No caso em tela não foi só a liberdade de escolha que foi retirada da mulher, pela decisão de que a ação deva ser incondicionada a representação, esqueceu-se também os operadores do direto da figura e comportamento da mulher no âmbito familiar, onde o perdão, mais que esquecimento, significa recomeço, não podendo o poder estatal tirar-lhes o poder de emancipar-se na diversidade e desenvolver sua autonomia.

O objetivo da Lei Maria da penha bem como das mulheres que sofrem agressões não é a condenação ou encarceramento dos agressores e sim dar fim a situação de violência, no entanto a decisão do STJ volta a enxergar a mulher como um ser vulnerável, incapaz de decidir sobre o futuro de sua família, acreditando que a alteração da natureza jurídica da ação penal erradicará a violência sofrida por essas mulheres.

Ao tentar proteger de forma mais rigorosa a mulher, denunciando seu agressor, mesmo contra sua vontade, a lei contraria o direito fundamental à liberdade, atingindo também a dignidade das mulheres vítimas de violência doméstica. Deste modo, julga-se mais justo dar a vítima a oportunidade de decidir sobre seu destino.

Surge então um problema de difícil solução em que se impõe a vítima a necessidade de comparecimento a audiências e uma obrigação de colaboração para condenação de seu agressor, violando diretamente a autonomia da vítima, a sua capacidade de decisão acerca de sua participação nos autos do processo.

Conforme preconiza o art. 201, §1º do Código de Processo Penal (CPP), "Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade". Observa-se a obrigatoriedade de comparecimento da vítima nos atos processuais, resguardado a vítima uma série de direitos que preservem a sua intimidade e integridade, conforme dispostos nos parágrafos 2º a 6º do mesmo artigo, desde a separação da vítima, perpassando por atendimento multidisciplinar e até

8Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143 Acessado em 17/11/2021.

mesmo o segredo de seu depoimento para que se resguarde a sua imagem de exposições indevidas.

Contudo, o que se observa é que a imposição de obrigação de participação da vítima, neste específico acaba por considera-la despida de capacidade de decisão, sendo que se imposta a sua participação pode ser considerada uma revitimização, ou imposição para que reviva um trauma que as vezes não quer mais sentir.

Ainda assim, mesmo com a imposição da participação da vítima surge uma questão: o que fazer se a vítima, ainda que coagida a comparecer em juízo, não queira depor contra seu algoz? Enfim, parece que a questão, sob a ótica prática, permaneceria sem solução a medida em que se imporia um ônus a vítima que poderia trazer mais danos do que efetividade, quando visto sob a dor sentida pela agredida no caso.

3.1. A REVITIMIZAÇÃO

Percebe-se uma prática no sistema de justiça que revitimiza a mulher e preservam os estereótipos machistas, em virtude de diversos fatores como: o despreparo no atendimento das vítimas de violência doméstica e familiar, a falta de recursos e assistência e a morosidade da justiça.

Achuti (2012) chama a atenção para os casos de revitimização presentes em todos os aspectos do judiciário, desde o momento da denúncia até o julgamento dos crimes praticados contra a mulher no âmbito da violência doméstica e familiar. Nota-se um comportamento antiético das pessoas envolvidas em casos de violência contra as mulheres, pois deixam de julgar o agressor para julgar as vítimas e seus comportamentos. Nesse caso, o ambiente que deveria acolher e ouvir as vítimas, acaba se tornando um lugar que humilha e desestimula possíveis denúncias.

Vasconcelos e Augusto (2015) afirmam que encontramos maior caso de vitimização nas delegacias das mulheres, que chegam nessas unidades para denunciar a violência doméstica, esperando encontrar um ambiente seguro, para expressar seus medos e obter o apoio necessário, incluindo proteção emocional e física, dos riscos do potencial agressor. Mas se ela encontrar uma atmosfera hostil que a faça se sentir retraída e insegura, ela provavelmente não voltará em outro momento; ou relatará a situação a outras mulheres, o que as desencorajarão a ir a mesma delegacia; mesmo desistem de realizar a representação, para colocarem fim a violação física, verbal ou emocional.

Essa violência contra a mulher constitui uma grave violação dos direitos humanos fundamentais defendidos pela Constituição Federal, tanto que quando a vítima finalmente decide buscar ajuda do Estado, ainda sofre um segundo tipo de violência, pela instituição procurada; em cada delegacia de polícia que deturpa a violência contra a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mulher, em cada policial que contesta a condição de mulher, a descreve como "exagerada", e em cada operador legal que reproduz este discurso patriarcal nas decisões de casos de violência doméstica e familiar. (DIAS, 2010).

3.2. OS USOS DESVIRTUADOS DA LEI

O tratamento diferenciado dado a mulher pela Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), vítimas da violência doméstica e familiar, além de ser um grande avanço para a Legislação Brasileira, veio para coibir e prevenir a prática da violência de gênero. No entanto, há ainda dificuldades referentes ao alcance da finalidade da lei devido a complexa relação intrafamiliar afetiva, omissão do poder Estatal e a falta de políticas públicas que tragam o devido acolhimento psicológico as vítimas (NUNES, 2012).

Tais dificuldades acabam por atingir a eficácia da lei, possibilitando que algumas mulheres utilizem a lei para promover e alcançar vingança contra seus namorados, ex-namorados, companheiros e ex-companheiros, por questões aleatórias que fogem a competência da especializada.

A Lei nº 11.340/2006 é de aplicação restrita, conforme preconizado no seu artigo 5º, sendo que a situação de violência doméstica pressupõe que a ação ou omissão tenha motivação de gênero, diante da vulnerabilidade ou hipossuficiência da mulher. Logo, para a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, a conduta deve ocorrer não só entre pessoas que mantenham relação íntima de afeto ou convívio familiar, mas principalmente em razão da supremacia do agressor sobre a vítima do sexo feminino, ou seja, a simples circunstância de existir conflito entre familiares ou contra a mulher, não atrai, por si só, a incidência da Lei nº 11.340/2006.

No judiciário brasileiro está cheio de casos em que a mulher procura o juizado não por ter sofrido violência de gênero doméstico e familiar, mais sim, com o intuito de obter benefícios pessoais e financeiros, com a utilização das medidas protetivas de urgência estabelecidas na lei, principalmente da que afasta o companheiro do lar. Muitas querem a separação, mas por não concordarem com a divisão dos bens se frustram e utilizam as medidas de proteção para chantagear o suposto agressor.

O uso de forma desvirtuada da lei atinge várias situações em que a vingança se torna um caminho para atos impensados, pois as emoções como: o rancor, a inveja, o abandono, os sentimentos de solidão, as violências da traição, entre outras motivações, liberam a vontade de vingança de sangue, fortificados pelo ódio provocado pela animosidade, causando a destruição. (ALVARENGA; GOMES, 2011).

Qualquer tentativa de relacionarmos os direitos do delinquente ou humanização de sua reprimenda é considerada como grave insulto as vítimas e aos seus familiares.

Nestes casos é evidente, portanto, a inexistência de qualquer indício de que a violência praticada tenha ocorrido por motivação a opressão ao gênero, fundada na condição de hipossuficiência e/ou vulnerabilidade da vítima, o que se observa, com as provas coligidas, são casos de entrevero familiar, onde há sede de vingança a qualquer preço, não medindo as consequências, que não se amoldam aos requisitos de incidência da Lei Maria da Penha.

3.3. AS ALTERNATIVAS POSSÍVEIS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO

A Lei propõe uma nova visão aos atos violentos ocorridos no cotidiano de um casal, ambiente particular, privado e de difícil acesso do Estado. No entanto, é visado apenas a penalização do agente, sem a coibição da prática dos atos em si. A prioridade poderia ser uma maior conscientização do agente acerca do delito praticado, não apenas buscar uma punição para o mesmo. Tratando de forma mais humanizada a situação. A Lei, sem a devida tratativa, de acordo com a necessidade, vontade e realidade de cada mulher, não extingue a prática da conduta violenta do agente, mas dependendo da situação pode trazer mais insegurança à mulher que, por várias razões, convivem com a violência doméstica, no ambiente onde deveria ser acolhida e cuidada.

Nesse viés, onde a mulher precisa ser ouvida e a raiz do problema precisa ser tratada, a justiça restaurativa vem como uma alternativa, sendo o conflito entregue a um terceiro para a definição da melhor solução, trazendo a integração das partes por meio da concordância, sendo um recurso importante que poderia ser usado para buscar soluções e alcançar a restauração entre o casal, quando possível. Na maioria das vezes as vítimas querem o fim da violência, isso não significa que querem a punição do agente, fato que pode ser mensurado pela satisfação proporcionada na concessão das medidas protetivas de urgência. No entanto, o Estado traz a punição como resposta principal da ação penal, podendo resultar na prisão do agressor.

Escutar a vítima nesse processo é uma questão de suma importância, um primeiro passo para saber o que a mesma deseja do referido conflito, qual a sua vontade. Sendo questionado nesse quesito a condicionalidade da vontade da vítima, sem adentrar na condição de que os indivíduos são livres ou no paternalismo que retira toda a autonomia da vítima pela coerção a ela submetida. Logo, devemos reconhecer que a coerção internaliza valores, no entanto existem valores que determinam o sujeito como autônomo. Cabe então a uma posição externa definir critérios para diferenciá-los (BIROLI, 2012).

No entanto é preciso ter cautela, pois existem problemas como a ausência de pessoal capacitado para lidar com questões de gênero, o que poderá resultar na má aplicação do método, mas não necessariamente aos princípios que o baseiam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4. CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha foi criada com a finalidade de preservar a vítima, o gênero mulher em suas distintas dimensões parentais (esposa, mãe) para proporcionar-lhe uma vida familiar sem agressões, sejam elas de cunho moral, física, psicológica, patrimonial, e sexual, e para isso positivou normas para reprimir, prevenir e assegurar essa proteção.

A prevenção ainda é vista como algo improvável e o Estado se abstém na efetivação e implementação de programas impostos pela norma e diante dessa ineficiência, o Supremo Tribunal Federal, mediante uma interpretação constitucional rígida, acreditou que diante da alteração da natureza jurídica de uma ação penal, haveria a erradicação da violência sofrida por estas mulheres.

Logo, diante da perda da impessoalidade da lei, cabe aos operadores do Direito observarem que nem toda mulher é Maria da Penha, não se deve generalizar a causa, é obrigação do Estado analisar as peculiaridades de cada caso que envolva a Violência Doméstica e Familiar. Análises e pareceres indevidos podem acarretar possíveis equívocos e danos irreversíveis ou de difícil reparação a vida de um homem.

O que a sociedade espera da Lei são soluções e não sacrifícios. A beatificação das mulheres, que supostamente foram vítimas de violência doméstica, pode vir a incentivar a prática da vingança, já que os direitos do suposto agressor são completamente esquecidos nesses casos, onde qualquer tentativa de provisionar os direitos do suposto agressor ou prever alguma humanização de sua prática é considerado grave insulto as vítimas e aos seus familiares.

BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel Silva et al. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2012. Tese de Doutorado apresentada em Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Rio Grande do Sul.

ALVARENGA, L. L.; GOMES, I. C. . Relações amorosas: rupturas e elaborações. Tempo Psicanalítico, v. 43, p. 45-57, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Violência contra a mulher e as práticas institucionais. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

BRASIL. Lei Federal n° 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 10/11/2021.

BRASIL. RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6). Disponível em: https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/AreaCriminal/STJ/REsp1097042.pdf Acesso em: 10/11/2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/11/2021.

BRASIL. História de Maria da Penha. Disponível em: https://www.planalto.ba.gov.br/site/Noticias/noticia-07082021032212034-Conhe-a-a-hist-ria-da-mulher-que-deu-origem-a-Lei-Maria-da-Penha Acesso em: 10/11/2021.

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. Revista Estudos Feministas. Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 501-517, ago. 2015.

BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira César (orgs.) Violência contra as mulheres: uma história contada em décadas de luta. Brasília: CFEMEA, 2010.

BOSELLI, Giane. Dimensões da violência contra a mulher: construindo bases de dados. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9419/1/arquivo337_1.pdf>. Acesso em: Acesso em:10/11/2021

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05/11/2021

CORTÊS, Iáris Ramalho. Situação dos Projetos de Lei sobre Violência Familiar, em Tramitação no Congresso Nacional, acompanhados pelo CFEMEA. Brasília, 2002. Disponível em http://www.cfemea.org.br/images/stories/pdf/ PLViolenciaFamiliar.pdf. Acesso em: 10/11/2021

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: lei Maria da Penha (lei 11340/2006), comentado artigo por artigo. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2.ed. ver., anual. E ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Maria da Penha. Sobrevivi...posso contar. Ed. Armazém da Cultura; 2ª edição, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim IBCCRIM, nº168, nov. 2006. p. 6.

NUNES, Thaísa Silva de Oliveira. A Lei Maria da Penha Sob a Perspectiva da Ética da Vingança. Panóptica, Vitória, vol. 6, n. 2. p. 159/175. 2011. Artigo on line disponível em: www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/247. Acesso em: 05/11/2021

Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres, Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Brasília: Presidência das República, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 268-273. Acesso em: 28/10/2021

SOUZA, Mércia Cardoso et. al. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e a Lei Maria da Penha. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/a-convencao-interamericana-para-prevenir-punir-e-erradicar-a-violencia-contra-a-mulher-convencao-de-belem-do-para-e-a-lei-maria-da-penha/amp/ Acessado em 17/11/2021.

VASCONCELOS, Maria Eduarda Mantovani; AUGUSTO, Cristiane Brandão. Práticas Institucionais: revitimização e lógica familista nos JVDFMs. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 23, p. 47-100, 2º sem. 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

COMPARTILHAMENTO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES ENTRE ÓRGÃOS PÚBLICOS, ANÁLISE DOS DESAFIOS ENFRENTADOS, APÓS A REGULAMENTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

MATHEUS CALDAS ONO SOARES: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Fametro

RESUMO: A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) 13.709/2018, que entrou em vigor em agosto de 2020, traz novas regras sobre a coleta e o tratamento de dados pessoais, não somente em meios físicos como também em plataformas digitais, devendo ser observadas por empresas e órgãos públicos. A referida Lei cria obrigações para pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, priorizando as normas gerais como de interesse nacional, impondo o dever de serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O objetivo deste artigo é apresentar uma análise dos desafios enfrentados, após a regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados, a respeito do compartilhamento de documentos e informações entre órgãos públicos, em face de Lei Geral de Proteção de Dados.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais; Direito a Informação; Direito a Privacidade. Serviço Público; Plataformas Digitais; Acesso a Informação.

ABSTRACT: The General Data Protection Law (LGPD) 13.709 / 2018, which entered into force in August 2020, new rules on the collection and processing of personal data, not only on physical media but also on digital platforms, must be observed by companies and public bodies. The legal law creates obligations for a natural person or legal entity under public or private law, prioritizing general rules as those of national interest, imposing the duty to be observed by the Union, States, Federal District and Municipalities. The objective of the article is to present an analysis of the challenges faced, after obtaining the General Data Protection Law, regarding the sharing of documents and information between public bodies, in accordance with the General Data Protection Law.

Keywords: Protection of Personal Data; Right to Information; Right to Privacy; Public Service; Digital Platforms; Access to Information.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. TRATAMENTO DE DADOS. 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. 3. PRINCÍPIOS E OBJETIVOS. 3.1. AUTORIZAÇÃO DE CONSENTIMENTO DO TITULAR. 3.2. **AUTORIDADE NACIONAL.** 3.3. PENALIDADES E MULTAS. 3.4. PUBLICIDADE DIFERENCIADA. 3.5. DESAFIOS. 4. DADOS NÃO SENSIVEIS-MEDIANTE O CONSENTIMENTO DO TITULAR. 5. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO LEGAL OU REGULATÓRIA PELO CONTROLADOR. 6. DADOS SENSÍVEIS-SOMENTE COM CONSENTIMENTO DO TITULAR. 7. SEM O CONSENTIMENTO DO TITULAR AS HIPÓTESES EM QUE É INDISPENSÁVEL. 8. COMPARAÇÃO ENTRE A LAI E LGPD. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de enfatizar o paralelo de que os documentos e informações possam ser classificados entre públicos ou privados, a classificação importa ao presente estudo em virtude da diferenciação de tratamento relacionado a ambas as situações, as quais merecem destaque Constitucional, na medida em que as informações que são consideradas públicas, a publicidade e a

transparência das informações é a regra e estão assegurados no inciso XXX do III do art. 5º. no inciso II do § 3º. Do art. 37 e no § 2º. Do art. 216 da Constituição Federal, posteriormente regulamentada pela Lei de Acesso à informação, Lei no. 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Quanto a informação e a privacidade, temos a proteção jurídica dos dados pessoais, considerando a legislação máxima brasileira, temos previsão acerca da privacidade dentro do rol de direitos fundamentais, que são invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A lei do Marco Civil da Internet regula o uso da Internet, no Brasil e visa apontar os atos criminosos, além de prezar pelos direitos de neutralidade da rede, liberdade de expressão, da privacidade dos usuários e dos direitos humanos. O Marco Civil da Internet garante o princípio da liberdade de expressão, onde impede a censura por parte das redes sociais, por exemplo, que ficam impedidos de remover os conteúdos dos usuários sem determinação exclusiva de uma ordem judicial (com exceção de conteúdo de nudez ou atos sexuais e explícitos.

A Lei 12.527 tem como princípio fundamental que acesso a informação pública é a regra e o sigilo somente a exceção. Para garantir o exercício pleno do direito de acesso previsto na Constituição Federal, ela é aplicada de maneira obrigatória em todos os entes da Administração direta e indireta nos três poderes quando da produção de informação de interesse público. A Lei de Acesso a Informação define os mecanismos, prazos e procedimentos para a entrega das informações solicitadas à administração pública pelos os cidadãos. Também determina que os órgãos e entidades públicas devam divulgar um rol mínimo de informações por meio da internet. O acesso a informação se dá pela LAI e pelo decreto regulamentador que trata dos atos administrativos contidos em registros ou documentos, produzidos ou acumulado por órgãos públicos ou entidades. Sobre o princípio da transparência, organizações deverão providenciar tanto informações extensivas aos indivíduos quanto ao processamento de seus dados pessoais e que isso deverá ser feito de forma concisa, transparente e acessível ao titular de dados.

A LGPD cria um novo regramento para o uso de dados pessoais no Brasil, tanto no âmbito online quanto off-line nos setores privados e públicos. Importante salientar que o país já dispunha de mais de 40 normas que direta e indiretamente tratavam da proteção à privacidade e aos dados pessoais. Todavia, a LGPD vem substituir e/ ou complementar esse arcabouço regulatório setorial, que vezes era conflituoso, pantanoso, trazia insegurança jurídica e tornava o país menos competitivo no contexto de uma sociedade cada vez mais movida a dados. Ao ter uma Lei Geral, o Brasil entra para o rol de mais de 100 países que hoje podem ser considerados adequados para proteger a privacidade e o uso de dados.

A proteção de dados pessoais está adaptada no contexto da evolução das tecnologias, baseadas em plataformas digitais, inteligência artificial, machine learming (aprendizagem mediante códigos). (Scorsim, Ericson M.). Surge, dessa forma, a necessidade de uma nova reflexão acerca da maneira de tratamento e controle sobre os dados pessoais, na medida em cada vez mais sujeitos são inseridos na relação jurídica, com o poder de acesso a informações sensíveis de terceiros, alterando consequentemente a autonomia e a liberdade do titular. A proteção de dados pessoais é um tema muito discutido na atualidade. Ela abrange desde direitos fundamentais como a proteção à intimidade e a vida privada e avança até ao seu entendimento de um direito autônomo (Hostert, Ana Cláudia). Discutir o efeito exercido pela LGPD no setor público se reveste de essencialidade visto que estamos diante de um regulamento que trata da proteção de um novo direito fundamental e que ao Estado nas figuras da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

administração direta ou indireta, reserva tratamento diferenciado, permitindo-lhe alguns tratamentos não permitidos ao ente privado. Outro fator que merece atenção é a existência da Lei de Acesso a Informação (LAI) com a qual a LGPD deve necessariamente conversar para que sejam aplicadas de forma integrada, além disso, a pouca participação do setor público nas discussões que cercaram a aprovação da lei e por fim as tentativas de manobra para afastar o setor público de seu alcance é que o tema ganha relevância e merece ser discutido. (ROSSO, ANGELA MARIA).

Assim, destacam-se como pontos merecedores de discussão o alcance sancionatório da lei, o modo como se aplica a interação necessária com a LAI. Neste texto através de uma análise do contexto atual de utilização de dados pessoais pela Administração Pública buscamos demonstrar porque é vital que ela se adeque à LGPD apontando em quais pontos a adequação deverá acontecer, também apresentaremos os limites a que se submete o Estado enquanto controlador de dados pessoais. Chamamos a atenção para o fato de que devido à complexidade do tema e ao pouco amadurecimento das discussões não temos qualquer pretensão exaurir a matéria, pelo contrário, pretendemos somente ventilar algumas perspectivas diante desse novo e importante regramento (ROSSO, ANGELA MARIA). A referida lei foi sendo lapidada ao longo do tempo entre sua criação e sua aprovação e votação, ganhando contornos bem diversos do projeto de lei inicial sobre o qual foi fundamentada. Essas alterações ocorridas foram alvo de inúmeras críticas e debates, sendo que ainda, as vésperas de sua entrada em vigor, a Lei 13.709/2018 ainda suscita dúvidas e celeumas. Mesmo a Lei Geral de Proteção de Dados lançada pela União Européia em 2018 serviu de inspiração apenas em parte a nova lei brasileira. Por se tratar de uma legislação nova é comum que ocorram dúvidas sobre os impactos da normativa nas rotinas do dia a dia, necessitando de novas adequações para o setor público na LGPD.

A Lei 13.709/ 2018, Lei Geral de Proteção de Dados é aplicável ao setor público, com a previsão de regras sobre o compartilhamento de dados pessoais em bancos de dados administrados por órgãos públicos. Exemplo dados das pessoas cadastradas no Sistema Único de Saúde. (Scorsim; Ericson M.). Esta Lei dispensa o consentimento no tratamento de dados para políticas públicas previstas em regulamentos e contratos. É permitido também o uso compartilhado de dados por entes públicos, desde que respeitados os princípios previstos no ato normativo. (JR., MARCELLO CASAL). Órgãos públicos ficam proibidos de passar dados a entes privados, com exceção de quando estes forem acessíveis publicamente como em cadastros disponíveis na Internet ou no caso de execução de uma política pública de forma descentraliza (JR., MARCELLO CASAL).

1 TRATAMENTO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei no. 13.709, de 14 de agosto de 2018, define como deve ser o tratamento de dados pessoais, por pessoa física ou jurídica, abrangendo também os meios digitais, com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade dos indivíduos, proporcionando maior segurança ao público geral.

A definição de dados pessoais veio da própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que em seu artigo 5º. E incisos traz o que pode ser definido como dados pessoais e suas várias hipóteses, não só na definição simples de dado pessoal como ainda a definição sobre dado pessoal sensível, e dados anonimizados. É importante observar que o consentimento deve ser armazenado como uma evidência e que a pessoa tem o direito de solicitar a sua revogação a qualquer momento. As empresas geralmente complementam o consentimento com uma Política de Privacidade e Termos de Prestação de Serviço,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é a legislação brasileira que determina como os dados dos cidadãos podem ser coletados e tratados, e que prevê punições para transgressões.

Dado Pessoal: Qualquer dado relacionado à pessoa natural diretamente identificada

Sensível: Dado genético, biométrico, de saúde, vida e orientação sexual, origem racial ou étnica; de convicção política, sindical, filosófica ou religiosa.

Tratamento de Dados: Qualquer operação que possa ser realizada nos dados Exemplo: coleta, armazenamento, utilização, transmissão, modificação, eliminação.

Operador: Agente que realiza tratamento de dados a pedido do controlador

Controlador: Agente (pessoa física ou jurídica) que toma decisões sobre tratamento de dados.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Com a entrada em vigor da LGPD, não foram revogados ou alterados quaisquer dispositivos das leis que regem a atividade notarial e registral. Isso porque o próprio parágrafo único do artigo 1º.da lei indica que aquela contém normas gerais. No capítulo X, constam os artigos de outras leis que foram revogados ou modificados, e não se encontra nenhum artigo da lei de registros Públicos. (Lei Federal n. 6.015/73).

O artigo 2º, § 2º, do decreto lei n.4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ás normas do Direito Brasileiro), dispõe que; A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior". Assim se a lei nova é compatível com a lei velha, as duas irão regular o mesmo assunto devendo o interprete associá-las, acomodá-las.

A Lei Geral de Proteção de Dados irá estabelecer uma série de regras que empresas e outras organizações atuantes no Brasil terão que seguir para permitir que o cidadão tenha controle sobre o tratamento que é dado às suas informações pessoais.

3 PRINCÍPIOS E OBJETIVOS

Os princípios próprios da proteção de dados têm imensa relevância dentro da legislação recentemente criada para a proteção e tratamento de dados pessoais, tanto que receber a proteção através de normas próprias. Para a recolha e o tratamento de dados pessoais devem as empresas e organizações observarem e respeitarem os princípios inerentes a tais atividades (MACHADO, DANIEL DIAS). As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União Estados Distrito Federal e Municípios.

Os princípios que regem a proteção de dados estão previstos no artigo 6º.da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei 13.709/2018, que traz o rol de princípios que regem o tratamento de dados e que devem ser respeitados e observados por empresas e organizações que realizam tratamentos de dados, sob pena de responsabilização e aplicação de penalidades inclusive financeira.

I - Princípio da Finalidade

O primeiro dos princípios previsto pela LGPD é o da finalidade, trata da realização do tratamento para os propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

II - Princípio da Adequação

O princípio da adequação da compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.

III - Princípio da Necessidade

O princípio da necessidade; limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.

IV- Princípio do Livre Acesso

É um dos princípios mais notório da LGPD, no que tange ao tratamento é o livre acesso; que dá garantia aos titulares de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais.

V- Princípio da Qualidade dos Dados

Este princípio se define na garantia, assegurado aos titulares dos o acesso conhecimento da integralidade dos dados especialmente no ponto repita-se após terem sido tratados. Qualidade dos dados garantia, aos titulares, de exatidão clareza, relevância e atualização dos dados de acordo com a necessidade e para o cumprimento da de seu tratamento.

VI - Princípio da Transparência

O princípio da transparência: garantia, aos titulares de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comerciais e industriais.

VII - Princípio da Segurança

O princípio da segurança se dá com a:utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.

VIII - Princípio da Prevenção

O princípio da prevenção: destaca a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

IX - Princípio da Não Descriminação

O princípio da não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

X - Princípio da Responsabilização

O princípio da responsabilização e prestação de contas demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e inclusive da eficácia dessas medidas.

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.

3.1 Autorização de Consentimento do Titular

Com a questão de uso dos dados pessoais se referem quanto á coleta, armazenamento e uso de seus dados pessoais é um assunto que gera conflitos no que diz respeito a legislação sobre o tema, portanto levanta dúvidas sobre a acessibilidade.

O consentimento é a demonstração de vontade que deve ser livre, clara e informada pelo titular que concorda com o tratamento de dados pessoais com uma determinada finalidade, visando a Lei Geral de Proteção de Dados no. 13.709/2018, sendo que a coleta do consentimento não é obrigatória ser escrita.

O acesso a informação principalmente por meio da Internet, atualmente usada por grande parte da população mundial, esse fato trouxe a necessidade garantir direitos no âmbito virtual.

No âmbito da LGPD, o tratamento dos dados pessoais pode ser realizado por dois agentes de tratamento, o Controlador e o Operador. Além deles, há a figura do Encarregado, que é a pessoa indicada pelo Controlador para atuar como canal de comunicação entre o Controlador e o Operador, os titulares de dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

3.2 Autoridade Nacional

Com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no. 13.709/18 foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), tendo sua competência estabelecida pelo artigo. 55 J, sendo suas principais funções zelo pela aplicação da lei, fiscalização, comunicação com os controladores e fixação de sanções no caso de irregularidade.

3.3 Penalidades e Multas

A LGPD impõe algumas penalidades graves a maior é a multa, que pode chegar. 2% do faturamento da pessoa de direito privado, limitado ao montante de 50.000.000,00 milhões por infração, a lei ainda prevê sanções como a publicação da infração e o bloqueio dos dados.

Esta observação visa contribuir com a difícil tarefa de tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, através da apresentação de algumas situações interpretativas sobre os dispositivos da Lei (LGPD) na perspectiva da aplicação pelo Setor Público. Existem várias regras criadas em torno de dados pessoais para serem observados especificamente pelo setor público e privado, como o uso de compartilhamento de dados pessoais, transparências bases de uso autorizativas dos tratamentos de

dados exclusivas para entidades públicas, além da previsão de diferentes sanções a depender do regime concorrencial ou não do órgão público.

A LAI não tem no seu bojo previsão de pena pecuniária diante dos entes públicos da administração pública direta e indireta, porém os servidores podem responder perante a Lei de Improbidade Administrativa, assim como responder a um possível PAD (Processo Administrativo); o caso concreto determinará tais ocorrências.

Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado independentemente do meio do país de sua sede ou país onde estejam localizados os dados.

3.4 Publicidade Diferenciada

O artigo 11 da LGPD traz um tratamento diferenciado para os dados pessoais sensíveis, com bases legais próprias. Isto porque os dados sensíveis atingem a esfera da intimidade do titular, ultrapassando a privacidade. São dados que podem gerar um dano maior para a pessoa, caso o tratamento seja realizado de forma indevida.

São exemplos de dados sensíveis os mencionados no inciso II, do artigo 5º "origem racial ou ética, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou vida sexual, dado genético ou biométrico".

A administração pública ao concretizar o princípio da transparência, deve buscar formas alternativas de dar publicidade aos seus atos, a fim de evitar a divulgação de dados pessoais que sejam desnecessários. Mas que ao mesmo tempo, também observem as normas de proteção de proteção de dados, seja por meio da anonimização, seja por meio da aplicação do princípio da minimização.

Além disso, é inegável que durante o exercício das suas atividades a administração pública acaba tendo posse de documentos e informações sensíveis para as empresas, que mereceriam ser protegidas pelo segredo. Ocorre que tais documentos também podem envolver dados pessoais, o que ao promover a transparência passiva ou ativa era necessário sopesar o dever de guarda de informações confidenciais empresariais, no entanto a LGPD em vigor o poder público também terá que sopesar esse dever quando for responder um requerimento do titular dos dados.

Pra tanto se conclui toda vez que o exercício de algum direito do titular dos dados como é o caso do direito de acesso vulnere o segredo de empresa o controlador poderá justificar eventual negativa ou limitação dos direitos do titular, desde que assim proceda de forma transparente e expressa o poder público deve demonstrar especificamente que assumiu o compromisso de zelar pelo segredo de empresa quando da contratação de alguma ferramenta computacional ou inteligência artificial entre outros ou que tem o dever de zelar pelo segredo de empresa decorrente das informações contidas em documento que tem posse evidentemente que essa negativa deve ser razoável até porque não é qualquer situação que irá implicar prejuízos concorrentes ás empresas elemento necessário para proteção que do segredo ou risco a atividade empresarial.

3.5 Desafios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Um dos grandes desafios da Administração pública na atualidade é tentar atender as regras de transparência e publicidade exigidas pela Lei de Acesso à Informação no. 12.527 de 18/11/2011 e ao mesmo tempo respeitar as restrições quanto a confidencialidade da informação no caso de grandes bases de dados que apresentam informações sensíveis adotados por algumas entidades da administração pública parecem ser precários no que se refere a segurança da informação e ao elevado risco de divulgação indevida

Outros pontos controversos e que tem motivado discussões é se a administração pública poderia utilizar o legítimo interesse como requisito justificador do tratamento de dados pessoais e a que tipo de responsabilidade se submete o ente em caso de inobservância dos ditames da lei. (ROSSO, ANGELA MARIA).

- LGPD no setor público a quem se aplica:

> A quem se aplica o artigo 3º.esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados. - Qualquer órgão ou entidade pública; - Empresas públicas de economia mista.

Artigo 4º da Lei LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

> I- Realizado por pessoa natural para exclusivamente:
>
> a) Jornalístico e artístico ou; b) Acadêmicos aplicando-se a está hipótese os artigos 7º 11º desta lei. III- Realizado fins exclusivo de: a) Segurança Pública; b) Defesa nacional; c) Segurança do Estado; ou d) Atividade investigação e repressão de infrações penais; ou IV- Provenientes de fora do território nacional e ofi\ não sejam objeto de comunicação, uso compartilhamento de dados com agentes de tto brasileiros ou objeto de transparência internacional de dados com outro país of não proveniência desde of o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequados do previsto nesta Lei.

O Artigo 5º, Inciso XVIII, da Lei de Proteção de Dados, menciona que as organizações deverão elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais que é a documentação do controlador que tem a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de riscos (BRASIL, 2019d).

Titular: é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são o objeto de tratamento. Titular será o contribuinte, servidor ou empregado público, gestor público, pessoa física com a qual o órgão ou entidade pública possui alguma relação contratual.

Controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem às decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. No setor público será o órgão público, entidade pública, empresa pública, ou sociedade de economia mista, que toma as decisões a respeito do tratamento de dados pessoais.

Operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Encarregado: pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. A Autoridade Nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa de necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte de entidade ou o volume de operações de tratamentos de dados.

Uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência lica bancos de dados pessoais por órgão e entidades públicas no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entes privados.

Órgãos de pesquisas: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente, sob as leis brasileiras, com sede e foro no País que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico. Universidades Públicas e entidades de pesquisa pública se enquadram nesta definição.

4 DADOS NÃO SENSIVEIS-MEDIANTE O CONSENTIMENTO DO TITULAR

O consentimento é uma manifestação livre, informada e inequívoca que autoriza o tratamento de dados pessoais para uma finalidade determinada. Autorizações genéricas serão nulas. Não é admitido um consentimento implícito. Esse consentimento, diferente das demais bases legais autorizativas do tratamento de dados pessoais, pode ser revogado a qualquer momento.

5 CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO LEGAL OU REGULATÓRIA PELO CONTROLADOR

Pela Administração Pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldados em contratos, e convênios ou instrumentos congêneres.

Para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. Essa hipótese se aplicaria, por exemplo, ao tratamento de dados pessoais de servidores ou empregados públicos para fins de defesa dos interesses da administração pública em processos judiciais ou mesmo administrativos, o mesmo vale pra tratamentos pessoais dados pessoais de contribuintes nas mesmas hipóteses.

Para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais. Nessa hipótese se enquadra, por exemplo, a pesquisa realizada por universidades públicas e, também por institutos de pesquisas públicas. Para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros. O tratamento de dados pessoais no âmbito da atuação da Defesa Civil, com vistas a proteger a vida e a incolumidade física do titular ou de terceiros se enquadraria nessa hipótese. Para a tutela da saúde, em procedimento a ser realizado por profissionais da área da área da saúde ou por entidades sanitárias. Hospitais públicos e demais entidades sanitárias públicas estão autorizadas a tratar dados dos respectivos pacientes, sem seu consentimento, para fins de tutela da saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quando é necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Quando é necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados. É o caso, por exemplo, de contratos celebrados pela administração pública com fornecedores de produtos ou serviços, assim como concessão de serviços públicos e de uso de bens públicos, contratos de parcerias público-privada e outros instrumentos contratuais da administração pública.

6 DADOS SENSÍVEIS-SOMENTE COM CONSENTIMENTO DO TITULAR

O consentimento é uma manifestação livre, informada e inequívoca que autoriza o tratamento de dados pessoais para uma finalidade determinada. Autorizações genéricas serão nulas. Não é admitido um consentimento implícito. Esse consentimento, diferente das bases legais autorizativas do tratamento de dados pessoais, pode ser revogado a qualquer momento. O consentimento para o tratamento de dados, sensíveis precisa, ainda, ser dado de forma específica para finalidades determinadas.

7 SEM O CONSENTIMENTO DO TITULAR AS HIPÓTESES EM QUE É INDISPENSÁVEL

Cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

Tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis e regulamentos. Percebe-se aqui uma diferença se comparadas às hipóteses de tratamentos de dados pessoais não sensíveis, uma vez que foram excluídos os casos de políticas públicas respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres.

Garantia da prevenção à fraude e da segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no artigo 9º.da LGPD e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. Um exemplo que se enquadra perfeitamente nessa hipótese é o sistema de identificação biométrica implementado pelo TSE (Tribunal Superior Eleitoral) para a votação na urna eletrônica.

Para a proteção da vida ou incolumidade física do titular ou de terceiros. O tratamento de dados pessoais sensíveis no âmbito da atuação da Defesa Civil, com vistas a proteger a vida e a incolumidade física do titular ou de terceiros se enquadraria nessa hipótese.

Para a tutela da saúde, em procedimento a ser realizado por profissionais da área da saúde ou entidades sanitárias. Assim hospitais, públicos e demais entidades sanitárias públicas estão autorizadas a tratar dados pessoais sensíveis dos respectivos pacientes, sem seu consentimento, para de tutela da saúde.

Para realização de estudos por órgãos de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais. Nessa hipótese se enquadra, por exemplo, a pesquisa realizada por universidades públicas e, também por institutos de pesquisas públicos, como a Fundação Osvaldo Cruz. O exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. Essa hipótese se aplicaria,

por exemplo, ao tratamento de dados pessoais de servidores ou empregados públicos para fins de defesa dos interesses da administração pública em processos judiciais ou mesmo administrativos, o mesmo valendo para tratamento de dados pessoais de contribuintes nas mesmas hipóteses.

O embasamento metodológico foi de suma relevância para a construção do presente trabalho, haja vista que através dos fundamentos de metodologia o trabalho se desenvolverá com grande êxito. Na pesquisa foi utilizado instrumentos bibliográfico fundamentais e suficientes para a construção do presente trabalho.

8 COMPARAÇÃO ENTRE A LAI E LGPD

Fazendo um cotejo entre LAI e LGPD é possível apontar duas facetas: (i) uma que indica os preceitos normativos dessas legislações que estão em consonância; e (ii) outra em que o cotejo pode apresentar antinomias aparentes, porém possíveis de superação e harmonização. Na verdade, a LGPD vem a complementar as disposições previstas na LAI. (CRAVO, COPETTI DANIELA.

Quanto aos pontos em consonância, dessas duas legislações, as LAI reforçam os direitos dos titulares previstos na LGPD, no que toca ao acesso e à transparência. Assim, os titulares poderão acessar os dados pertinentes à sua pessoa, bem como todas as informações relacionadas ao tratamento dos seus dados, numa espécie de prestação de contas ou accountability.

As disposições já inauguradas pela LAI, no que toca a transparência, serão utilizadas igualmente para reforçar os direitos dos titulares dos dados no poder público. Lembre-se que a transparência é fundamento ontológico do direito de acesso e desponta como base para outros direitos, como o de retificação ou eliminação.

A outra faceta na interface entre LAI e LGPD diz respeito ao cuidado especial que a administração pública deverá observar ao promover a transparência passiva ou ativa. Considerando que não há dados insignificantes diante da evolução tecnologia e da existência de ferramentas computacionais avançadas, talvez aquela proteção da LAI, apenas a dados relacionados à privacidade e intimidade, não seja mais uma proteção suficiente. E aqui haverá uma antinomia aparente entre a LAI e a LGPD

CONCLUSÃO

Concluir se que estudo visa analisar o compartilhamento de documentos e informações entre órgãos públicos Federal, Estadual, Municipal e Distrito Federal, os desafios enfrentados, após a implementação da nova Lei Geral de Proteção de Dados. Diante das informações levantadas nestes estudos, podemos observar alguns pontos que precisam melhorar sobre a Proteção de Dados Pessoais na área do Governo. Para se adequar às novas exigências da lei de Proteção Geral de Dados, Lei 13.709/2018, será necessária algumas adequações. A LGPD, ao ingressar no ordenamento jurídico, deve dialogar com outras leis vigentes, No que toca ao poder público, um dos principais diálogos da LAGPD será com LAI, seja para reforçar a transparência e o accountability ao titular-cidadão, seja para que a proteção ás informações pessoais da LAI passe a ser compatível com o nível de proteção almejado pela LGPD.

Neste momento existem muito mais questionamento do que convicções acerca de como se dará a implementação da LGPD pela Administração Pública e aqui ressalta-se também a essencialidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

da existência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, uma vez que cabe a ela orientar e determinar muitos requisitos acerca da aplicação da lei.(ROSSO, ANGELA MARIA)

Os impactos da LGPD na sociedade são gigantes, acreditamos que em um futuro próximo ela se eleve a um a um patamar de importância muito próximo daquele em que está o código de Defesa do Consumidor sendo que o setor público precisa sair da inércia em que está desde quando a regulamentação ainda era um projeto de lei em discussão. Capacitar pessoas para atuarem como encarregados realizar mapeamentos e relatórios de impactos aplicar novas metodologias como o framework Privacy by Desing 27 no desenvolvimento de seus sistemas e serviços, investir em segurança da informação. Salientamos que se o cenário reveste-se de complexidade no setor privado, no setor público há outras variantes complicadoras desde o fato de que o processo de aquisições de soluções é moroso na Administração Pública – porque ela deve seguir os ditames licitatórios – até o fato de que é necessário treinar pessoal em uma estrutura grandiosa que é o Estado, tudo isso exige tempo e estratégia. (ROSSO ANGELA MARIA) Segundo, (MACHADO, DANIEL DIAS) a Lei Geral de Proteção de Dados, apesar de apresentar suas deficiências segue o ritmo mundial de proteção, e tem possuído mecanismos eficientes nessa proibição a violação de dados. Desse modo, é possível que a proteção seja ampliada nos próximos, anos o que corresponderia a uma maior proteção do Estado aos Direitos e Garantias Fundamentais.

REFERÊNCIAS

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília DF: Presidência da República, 2016. – Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito, Disponível: https://www.planalto.gov.br>constitucional.com.br, Acesso em 17/06/2021.

Lei no. 12527 de 18 nov. de 2011 – dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir acesso a informações prevista no inciso XXXIII do art. 5º., no inciso II do inciso 3º. do art. 37 e no inciso 2º. Do art. 216 da Constituição Federal. Disponível: https://www.planalto.gov.br>lei Acesso em 17/06/2021

Sobre a Lei de Acesso a Informação – Português (Brasil). Disponível: https://www.gov.br>capes>pt-br

Brasil. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) Lei no. 13.709, de 14 de ago. de 2018, entrou em vigor em Ago/2020, dispõe sobre a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado...Disponível: https://www.gov.br>defesa>pt-br. Acesso: 17/06/2021

JR MARCELLO CASAL- Entra em vigor a Lei de Proteção de Dados/ Agência Brasil. 18 de set. de 2020 – No caso do Poder Público, a Lei dispensa o consentimento no tratamento de dados para políticas públicas previstas em leis, Disponível em https://agencia Brasil.ebc.com.br> Acesso: 16/06/2021

Scorsim, M. Ericson Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais: análise de seu impacto... 29 de ago. de 2021 – 55 a 59, as regras de compartilhamento de Dados entre administração pública e empresas privadas. Disponível emhttps://www.migalhas.com.br>l. Acesso em 16/06/2021

Lei Geral de Proteção de Dados – Governo Federal De LEIGDEP DE – Citado por 4 – Coordenador Geral de Segurança da Informação...para serviços públicos fornecidos por órgãos e entidades da ... Uso

compartilhado de dados comunicação, difusão. Disponível em https://.www.gov.br>pt-br. Acesso em 16/06/2021

Hostert, Ana Claudia – Proteção de Dados Pessoais na Internet a necessidade de lei específica no ordenamento Jurídico Brasileiro – Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas Departamento de Direito./2018 . Disponível: https://repositório.ufsc.br>ha

Lei Geral de Proteção de Dados no. 13.709/2018: Uma Análise dos Principais Aspectos e do Conceito. Artigo apresentado Disponível: https://acervodigital.ufpr.br>...(PDF) Acesso: 25/10/21

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e Setor Público E possibilitar a real adaptação à LGPD e fomentar uma nova gestão e.Disponível: https://itsrio.org>publicações>lei. Acesso: 12/11/21. Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela – Uni-CEUB

Lei Geral de Proteção de Dados (Lei no. 13.709, de 14 de agosto de...Figura 1 – Práticas de segurança da informação na Administração Pública Federal. Disponível: http://www.uniceub.br>arq...(PDF) Acesso: 26/10/21

De R Pamplona Filho. 2020.Citado por 1 - o presente artigo aborda os direitos da personalidade à intimidade e a privacidade tutelados. Disponível: https://revista.unifas.br>redu(PDF) Acesso: 27/10/21

A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: Uma política pública Brasileira_4888_revisado.png...Palavras Chave: LGPD Coletânia acadêmica informação pessoal...Políticas públicas. Disponível: https://portal.tcu.gov.br>a-lei-geral. Acesso: 27/10/21

Artigo – A LGPD e o setor público: o que você precisa saber – Prodam 24 de jun. de 2021 – Engana-se quem pensa que a Lei Geral de Proteção de Dados(LGPD) é aplicável apenas ao Setor Privado. Na verdade, mediante a... Disponível: https://www.prodam.am.gov.br. Acesso: 15/11/21

Análise da LGPD na Área da Administração Pública. 9 de nov. de 2020 – O compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Pública é permitido apenas entre os órgãos públicos e só poderá ser concedida. Disponível: https://www.bloglgpd.com..br>post. Acesso: 15/11/21

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD 21 de abr. de 2021 – Artigo Original. Machado, Daniel Dias. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD Revista. Disponível: https://www.nucleodoconhecimento.com.br. Acesso: 20/11/21.

STALKING: A EFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 14.132/21.

CARINA KELLY SALES LIMA: Graduanda em Direito pela faculdade Serra do Carmo

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR9

(orientador)

RESUMO: O *stalking* é um comportamento que se faz presente na sociedade desde a antiguidade, entretanto só veio atrair a atenção de estudiosos jurídicos há poucos anos. De forma progressiva, os legisladores vêm reconhecendo a necessidade de tratar desse fenômeno através do Direito Penal, onde se aplica leis já existentes aos casos concretos, de forma comparativa. Entretanto, apenas no ano de 2021 fora promulgada a Lei Federal nº 14.132, onde acrescenta o artigo 147-A ao Código Penal, estabelecendo, assim, o crime de *stalking* (perseguição). O presente artigo busca demonstrar o que vem a ser o *stalking*, qual o perfil dos indivíduos que praticam este ato bem como o perfil das vítimas, observa também a tipificação no direito penal real, bem como a medida protetiva no contexto jurídico e real. O estudo foi desenvolvido por meio de análises bibliográficas sobre o tema acima, levando-se em consideração lei seca, jurisprudências e entendimentos doutrinários, utilizados através do método dedutivo.

Palavras-chave: *Stalking*. Código Penal. Perseguição. Tipificação. Medida protetiva.

INTRODUÇÃO

Como já previsto no ordenamento jurídico como crime, não é de hoje a sua repercussão em alguns países como os Estados Unidos, sendo o pioneiro a tipificar este crime. A Lei nº 14.132/21, em seu artigo 147-A, que inseriu esse novo tipo penal no Brasil, traz em sua redação que quando alguém, repetidas vezes, utilizando de meios que restrinja a liberdade da vítima, bem como causando perturbações psicológicas, a pena pode ser de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Com o início da pandemia da Covi-19, ficamos mais dependentes do mundo digital, o que leva a termos mais acesso à tecnologia e, consequentemente, o registro de dados se torna mais frequente, o qual facilita na maneira de agir do perseguidor, tendo em vista ser, para ele, uma oportunidade mais eficaz e de fácil acesso à vida das vítimas. Assim, a vulnerabilidade existente no meio digital é algo preocupante no mundo todo, pois de

9 Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins. Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Advogado e professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail prof.edyjunior@fasec.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

qualquer lugar pode-se encontrar informações de determinada pessoa, basta ter conhecimento de como acessar tais dados.

A tipificação desse crime inova no meio social e virtual buscando intervir quando está diante de casos que necessitam do comando judicial para não se tornar algo mais grandioso e perturbador.

Na legislação dos Estados Unidos a qual prevê, no crime praticado de maneira simples, a prisão pode chegar a 5 anos ou multa, e nos casos que decorrem a morte da vítima, qualificando o crime, tende a ser aplicada a prisão perpétua. Comparando com a legislação brasileira, é importante ver a relevância quanto ao rígido sistema penal que vigora naquele País.

A pesquisa abordou a problemática com base no artigo 147-A do código penal, a qual revogou o artigo 65º da lei de contravenções e trouxe algumas inovações quanto à tipificação comparada ao artigo suprimido. Por conseguinte, os objetivos foram desenvolvidos quanto à relevância dessa modificação, abordando o contexto histórico do crime de perseguição, a característica do *stalker* e da vítima, os apontamentos quanto a eficácia da medida protetiva na seara penal e no cenário atual.

Assim, para melhor discorrer sobre o tema, foi utilizado o método da pesquisa bibliográfica, por meio da coleta de dados a partir de artigos já publicados e leis vigentes, sendo, ao final, analisados e interpretados conforme o resultado almejado.

Dessa maneira, com a inovação deste tipo penal observa-se que há uma busca mais efetiva para a proteção da vítima, bem como o abrandamento deste crime na sociedade brasileira.

2 ASPECTOS GERAIS DO STALKING

Conforme Melo (2012) *stalking* é uma forma de doença relacional, onde o crime é intencionalmente uma perseguição repetida ou indesejada, de forma ameaçadora ou que gera medo. Também pode definir-se como a perseguição de uma pessoa, de forma a permanecer no exterior da residência dela ou em locais frequentados por ela, entrar ou interferir na propriedade, manter sob vigilância, causando stress ou medo na vítima.

Como o termo *Stalking* possui diversas definições, a caracterização mais popular seria um ato de perseguição no qual o autor, de maneira obsessiva, utiliza de artifícios temerosos para manter a vítima a seu alcance (TSUTSUI & NETO, 2017). Tais comportamentos possuem padrões: tentativa de comunicação com a vítima, vigilância, perseguição, podendo até mesmo serem feitas de forma virtual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Pode-se afirmar que, apesar de alguns desses comportamentos serem considerados corriqueiros se analisar o contexto virtual, cumpre ressaltar que essas condutas se consideradas intimidatórias e persistentes, causando desconforto à vítima, atenta diretamente à sua vida privada, considerando-se crime (TSUTSUI & NETO, 2017).

O fato é que o conceito do termo é de difícil definição, já que pode significar múltiplas coisas, na tradução para a língua portuguesa, não existe palavra exata, aproximando-se apenas de "perseguição obsessiva" e "assédio". A origem dessa expressão é antiga, referia-se ao ato de perseguir uma presa, como caçador, portanto, a prática de perseguição está intrínseca ao ser humano desde o seu princípio (TSUTSUI & NETO, 2017).

A diversidade de casos de *stalking* em vários países do mundo e que foram tipificados em suas legislações, nos faz refletir acerca da disseminação violenta que esse crime ainda vem causando. A título de comparação com o *Bullying*, outra grave ofensa a dignidade humana e previsto como crime, percebe-se a semelhança quanto ao tipo de comportamento no qual ofende a saúde mental, por meio da violência e intimidação à vítima.

É dificultoso um conceito concreto para o *stalking*, já que ele não se resume em apenas um ato ou comportamento, ele se enquadra em diversos comportamentos inseridos em um mesmo contexto, com o objetivo de causar desconforto, medo e pânico nas vítimas, bem como interferir na vida pessoal delas.

O comportamento do autor é feito de forma não consensual, ou seja, sua comunicação é constante, seja ela verbal ou não, escrita ou de várias outras formas. O *Stalking* não se caracteriza apenas como violência física, mas também psicológica e emocional, pois são atos de coerção que instauram medo na vítima.

Com o advento da tecnologia e o avanço das redes sociais, foram acrescidas novas características à esta prática, de forma a facilitar aqueles que são perseguidores, pois as redes sociais tornaram-se uma ferramenta perfeita para a perseguição. Portanto, o *stalking* se inicia quando o autor começa a ter condutas dirigidas à uma pessoa especifica, seja com teor amoroso ou sexual, de forma obsessiva, persegue e assedia incessantemente outrem (MELO, 2012).

Nos dias atuais, a modalidade praticada através de meios eletrônicos se chama *cyberstalking,* pois já que com a facilidade do acesso às redes sociais, os autores desta conduta conseguem invadir o computador da vítima, acesso ao e-mail, redes sociais, tentativas reiteradas de contato virtual através de mensagens ou de conteúdo íntimo. Outro ponto importante é que as redes sociais trazem consigo o artefato do anonimato para estes autores, o que faz com que sejam ainda mais perigosos fora do ambiente virtual, já que pode nem ser de conhecimento da vítima o proceder do indivíduo (PEREIRA, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.1 Os Stalkers e as vítimas

As pessoas envolvidas no contexto da perseguição, geralmente, já tiveram algum relacionamento amoroso ou próximo de ter. Mudanças de comportamentos da pessoa inconformada com a frustração da relação geram, por vezes, um desconforto na vida social e pessoal da vítima.

O *stalker* busca através de seus comportamentos obsessivos chatear ou irritar a vítima, reatar um relacionamento ou dar início a um. Em grande maioria, essas pessoas são ex-companheiros que, de forma ameaçadora, podem colocar em risco a vida da vítima, por meio da violência física e até mesmo do homicídio.

De acordo com Pereira (2014) o *stalking* se divide em duas categorias, onde a primeira é dividida em quatro grupos:

- Expressivos: aqueles que são acometidos pelo ciúme e a raiva;
- Instrumentais: aqueles que tem a necessidade de controle e de vingança;
- Intra-individuais: são dependentes e possuem desordem mental;
- Contextuais: não aceitam o fim do relacionamento ou a existência de terceira pessoa;

A segunda classificação é quanto a motivação:

- Aborrecido: necessita externalizar seu amor;
- Intrusivo: precisa ter controle sob a pessoa;
- Organizado: alimenta o ódio e controle;
- Desorganizado: alimenta o ódio e o externa, com perigosidade crescente nas motivações de acordo que vão ocorrendo as tentativas de contato;

Grande parte dos *stalkers* são do sexo masculino, seja pessoa que já teve relacionamento íntimo com a vítima ou não, chegando até em casos de amigos íntimos, membros da família ou conhecidos. Ainda de acordo com Pereira (2014), os *stalkers* se dividem em 5 grupos:

- Rejeitado: após o rompimento da relação, o autor tenta reconciliação ou se vingar da vítima, na maioria dos casos é ex-companheiro, mas pode também ser contra familiar ou amigo. Este tipo é considerado o mais invasivo de todos, podendo se tornar agressivo;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

- Que procura intimidade: aquele que não tem intimidade ou proximidade com a vítima, entretanto tem em seu imaginário a existência de uma relação, e busca obter algum contato com a vítima. Em sua grande parte, as vítimas são celebridades ou pessoas de grande relevância social. O autor geralmente apresenta algum problema psiquiátrico;

- Cortejador inadequado: é uma pessoa com pouca competência social, que não é capaz de captar o desinteresse da vítima e compreender que está sendo inconveniente em sua conduta. Geralmente as vítimas não conhecem ou possuem apenas contatos eventuais;

- Ressentido ou rancoroso: têm para si que é vítima de uma injustiça, alimenta ressentimento em relação à vítima e objetiva criar angústia e medo na rotina da mesma, possui consciência do impacto de suas condutas, recorre a ameaça para causar pânico na vítima;

- Predador: os comportamentos deste tipo costumam ser para ataque sexual, geralmente é alguém que vigia a vítima para obter informações que o ajudem a executar a agressão.

O risco nas condutas do *stalker* é variável conforme seu tipo, onde o rejeitado tem risco elevado de violência, persistência e reincidência, bem como dano; o que busca intimidade tem risco elevado de persistência e reincidência, raramente são violentos, mas o risco de dano psicológico na vítima é alto; o ressentido raramente é violento fisicamente, mas possui persistência e pode causar danos psicológicos a vítima; o cortejador inadequado pode ser ameaçador e tem reincidência com novos alvos; o predador tem grande probabilidade de violência e reincidência (PEREIRA, 2014).

Em se tratando das vítimas, em sua maioria são mulheres, onde a maioria teme o uso de violência contra si ou contra conhecidos, o que causa aborrecimento, irritação e medo, as vítimas são mais propensas a desenvolver problemas psicológicos e até mesmo ideias suicidas. Caetano (2015) divide as vítimas em sete categorias:

- Vítimas de ex-parceiros: geralmente do sexo feminino que é perseguida por ex-companheiro, estas experimentam maior número de comportamentos abusivos e que tem mais durabilidade, também são mais frequentes a ameaças e agressões físicas, podendo chegar ao homicídio;

- Vítimas de conhecidos ou amigos: as condutas surgem após encontros casuais, sofrem menor risco de violência e em sua maioria são perseguidas por cortejadores inadequados;

- Vítimas em situações laborais: são perseguidas por empregadores, colegas de trabalho, clientes e subordinados que são motivados pela vontade de iniciar uma relação ou se vingar;

- Vítimas por desconhecidos: correm menos risco de agressão física, mas são vítimas de stalker estranho, o que causa mais aflição as vítimas;

- Celebridades: todas as pessoas famosas fazem parte desse grupo, atraem stakers predadores, cortejadores e inadequados e os que tentam relação de intimidade, os atos violentos não costumam acontecer com as vítimas já que estas adotam medidas de segurança;

- Falsas vítimas: podendo ser os próprios *stalkers*, costumam acusar as vítimas de perseguição, ou até mesmo pessoas que tenham sido vítimas anteriormente e após a experiencia passam a interpretar comportamentos inofensivos como *stalking.* Também são incluídos neste grupo pessoas com distúrbios mentais acompanhados de delírio e alucinações, que causam a sensação de perseguição, ou também pessoas que dizem estarem sendo vítimas para obter vantagem econômica;

- Vítimas em contexto de uma relação profissional de apoio: professores, advogados, profissionais da saúde etc, que mantêm relações próximas com as pessoas, que geralmente são portadoras de problemas mentais;

No que tange às mudanças de comportamento, Caetano (2015) exemplifica que infelizmente, várias vítimas reagem se isolando do mundo externo – vivem, por exemplo, com as janelas fechadas a maior parte do tempo. Muitas mandam instalar fechaduras mais seguras, adquirem números de telefone novos e compartilham com poucas pessoas e ainda passam a evitar sair de casa.

Não é nada do que se recomenda. Não é correto se esconder do problema, pois isso sim tem um efeito dramático sobre sua vida social: as vítimas se afastam visivelmente da família e de amigos, e muitas enfrentam dificuldades com o parceiro. Outras vítimas acabam mudando de casa e várias pedem demissão do emprego (CAETANO, 2015).

Nesse mesmo sentido, desde tempos remotos, a mulher vem sempre ocupando uma posição de desvantagem na sociedade em relação ao homem. Uma comprovação de que até hoje ainda permeia essa percepção é a majorante inserida no parágrafo 1º do artigo147-A, a qual atribuiu a qualificadora em razão do sexo feminino.

As críticas, por diversas vezes, são apontadas contra as mulheres, pois são contestadas por aqueles que desconhecem da real tipificação do crime de perseguição, bem como daqueles que não dão tanta importância aos pontos negativos que esse ato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pode ocasionar na vida delas. No entanto, a mulher precisa ser menos injustiçada quanto ao sexo e às atitudes de pessoas que não possuem discernimento ao cometer este crime.

Assim, quanto a caracterização da vítima, observa-se que, na maioria dos casos, a ligação com o sexo feminino é predominante. A vulnerabilidade interligada a este sexo abrange sentimentos de medo e temor que justificam os demasiados casos de envolvimento com os feminicídios ocorridos no Brasil.

2.2 Direito Comparado

A legislação brasileira demorou a reconhecer o crime de *stalking,* já em outros países existem legislações que penalizam a conduta, sendo os Estados Unidos o pioneiro para a tipificação mundial, após um caso com a atriz Rebecca Schaeffer, causando grande repercussão midiática. (MARCHESINI, 2015). Anteriormente, nos EUA o *stalking* era definido como assédio, obsessão e até mesmo violência doméstica, e apenas após a devida criminalização que foram desenvolvidos estudos que serviram de modelo para investigações nos demais países.

Nos EUA, em 1990, a Califórnia promulgou a primeira lei estadual de combate ao *stakling*, dando brecha para os demais cinquenta Estados aprovarem leis com o mesmo intuito, o de combate ao *stalking.* Foi então no ano de 1996 que o Congresso Nacional veio a criminalizar a perseguição interestadual como um delito federal, e posteriormente, modificou o estatuto e incluiu a perseguição via comunicações eletrônicas (PRADO, 2013).

No Reino Unido a conduta foi criminalizada no ano de 1997, com a entrada em vigor da Lei de Proteção contra o Assédio, e deu, posteriormente, a previsão da possibilidade de o Tribunal emitir ordem de restrição e aproximação, além da pena aplicada ao fim do processo. Já na Irlanda, no mesmo ano, fora incluso na Lei das Ofensas Simples Contra as Pessoas o crime de *stalking,* onde a pena de prisão pode chegar até 7 anos, e também os tribunais determinam medidas preventivas de restrições (TSUTSUI & NETO, 2017).

A Holanda introduziu o artigo 285-B ao Código Penal Holandês, no ano de 2000, se tipifica a violação da privacidade e a instigação de medo na vítima com pena que varia de até três anos ou multa. A Áustria, no ano de 2006, instituiu o artigo 107-A ao seu Código Penal, onde a principal questão apontada é a invasão da privacidade da vítima, não sendo necessário observar sentimento de temor ou qualquer reação (TSUTSUI & NETO, 2017).

Na Alemanha a criminalização fora realizada em duas etapas: primeiro na esfera civil e posteriormente na penal. No ano de 2002 o Código Civil introduziu em seu bojo ordem de restrição entre medidas cautelares e, apenas em 2007 criou-se o artigo 238 do Código Penal, que menciona o delito de "assédio severo", sem qualquer menção ao termo *stalking.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em Portugal incluiu recentemente o crime em seu Código Penal, através do artigo 154-A, no ano de 2015, onde o legislador entendeu pelo termo "perseguição". A tipificação trouxe consigo divergências, pois parte da doutrina entendia pela desnecessidade, já que havia outros tipos penais que poderiam ser aplicados.

Um típico exemplo de *stalker* no mundo virtual, e fictício, é a serie da Netflix "YOU (VOCÊ)" na qual retrata a mente de um perseguidor o qual utiliza o meio virtual para saber tudo sobre a vida de uma moça, os lugares que ela frequenta, fazendo com que ela se apaixone por ele. Mas, essa tal paixão, trata-se de uma pessoa psicopata que invade a vida dela de tal modo que se torna imperceptível tamanha invasão, chegando até mesmo arriscar sua própria vida pela falsa ilusão amorosa.

Dessa maneira, a desativação do localizador de lugares do aparelho celular, seria um alerta e uma forma de evitar o compartilhamento de endereços dos lugares que a vítima tenha frequentado ou esteja frequentando em tempo real. Portanto, deve-se ter cuidado e estar sempre vigilante diante dos meios inesperados que o perseguidor pode utilizar.

Nos dias atuais, com a crueldade inestimável que as pessoas chegam a atacar a vida de outras, é de grande valia a cautela que se deve ter ao expor a vida pessoal, seja virtualmente ou pessoalmente. Pois, a vulnerabilidade perfaz a finalidade que o perseguidor pretende alcançar, qual seja, a "posse" sobre a vida daquela pessoa.

Ante o exposto, pode-se notar a diversidade de circunstâncias que deram origem aos processos de criminalização do *stalking*, a maior dificuldade enfrentada pela maioria dos países é a conceituação do crime bem como a delimitação das condutas que o caracterizam.

3 O CRIME DE PERSEGUIÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A legislação brasileira, recorrentemente, inova no mundo jurídico em decorrência da sociedade sofrer com o surgimento de condutas contrárias à dignidade humana. Umas dessas condutas, que será tema deste artigo, envolve a privação da liberdade, bem como os efeitos psicológicos e físicos que essa privação pode causar. Assim, o surgimento do novo tipo penal, *Stalking*, abrange estes comportamentos dentre outros que serão analisados a seguir.

A vida privada é o cerne todo o contexto dessa nova legislação, pois diz respeito ao direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Portanto, é um direito inerente à vida humana que deve ser preservado em sua totalidade.

Ainda, cabe destacar a diferença entre o direito à vida privada e o direito à intimidade, sendo este, também, expresso na Carta Magna. James Eduardo Oliveira citado por Lobo (2013, p. 107-108) explica bem essa distinção:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, que o singulariza, e que deve ser mantida sob reserva. Estão cobertos pelo manto tutelar da intimidade os dados e documentos cuja revelação possam trazer constrangimentos e prejuízos à reputação da pessoa, quer estejam na moradia, no automóvel, no clube, nos arquivos pessoais, na bagagem, no computador, no ambiente de trabalho.

No entanto, o direito à intimidade refere-se à personalidade de cada pessoa, na qual está ligada todos os acontecimentos pessoais que não são compartilhados ou mesmo vivenciados com ninguém. Por outro lado, o direito à vida privada é vivenciado socialmente, mas há uma limitação na maneira que a pessoa compartilha seus momentos de intimidade. Ou seja, por mais que esses direitos apresentam características distintas, ainda assim se complementam de alguma forma.

> O conceito de intimidade varia de pessoa para pessoa, mas acima de tudo depende da cultura de onde emergiu sua formação, em cada época e nos diferentes lugares onde desenvolva seu projeto existencial. O direito à vida privada diz respeito ao ambiente familiar, cuja lesão resvala nos outros membros do grupo. O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem se conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, intromissão ou interferência de quem quer que seja (LOBO, 2013, p. 108).

Como já dito, o ato de perseguição há anos vem se tornando algo comum no mundo todo. No Brasil, já existem diversos casos que envolveram tanto pessoas famosas quanto anônimas. Ademais, o processo de mudança da legislação penal acompanhou a recorrência com que esse ato vem se expondo na sociedade.

Precipuamente, o artigo 65 da lei de contravenções penais não apresentava um tratamento específico que se encaixava no real contexto de obsessiva perseguição de liberdade, ou seja, dava mais ênfase a perturbação de tranquilidade, a saber: Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dá análise do citado artigo, a depender dos fatos, o autor poderia até incorrer em outro crime. Então, não havia uma importância tão minuciosa da perseguição reiterada, obsessiva como expressa o atual artigo 147-A do Código Penal.

Relevante frisar quanto as provas documentadas que dão veracidade aos fatos narrados pela vítima e, consequentemente, a celeridade nas investigações. Além disso, há muito o que ser discutido acerca das formas legitimas de provas que, às vezes, não se concretizam por condutas que estejam em desfavor de quem está sendo perseguido.

Em relação a tipicidade objetiva, o verbo perseguir constante no tipo penal não está relacionado somente a perseguição física, podendo, também, ocorrer por qualquer outro meio. No entanto, abrange o meio virtual fazendo referência ao *cybertalking*.

A referida contravenção penal assumia um caráter sancionador que não expressava tanta segurança na prática em razão das medidas que o artigo propunha não serem mais efetivas. Assim, o novo artigo busca sanar as omissões dando mais confiança para a vítima.

Tendo em vista a comparação com o dispositivo revogado, o crime de perseguição vem se perpetuando de forma mais gravosa com a pessoa que sofre esses ataques e, com isso, a reforma da lei se faz necessária para resguardar princípios previstos em nossa Carta Magna.

Importante ressaltar a ampliação dos requisitos para o enquadramento penal diante da abrangência de elementos significativos para poder punir o causador desse delito. No entanto, a vítima terá uma tutela maior em decorrência desse acréscimo no tipo penal.

Ainda, por mais que as vítimas que mais sofrem perseguição são as do sexo feminino e que possuem relação afetiva com o perseguidor, também há casos em que as vítimas não possuem qualquer vínculo afetuoso e mesmo assim são lesionados tanto psicologicamente quanto fisicamente.

A obsessão, às vezes, pode passar despercebida até pelo próprio perseguidor que, por achar que seja condutas normais, não mensura a gravidade que seus atos podem causar. Por isso, é preciso estar vigilante acerca de atitudes constrangedoras que atentam contra a vida social e íntima da vítima.

3.1 Dos requisitos para tipificação do crime

Até o ano de 2020 não havia tipificação expressa do ato de *stalking* no Brasil, onde apenas se encontra a previsão de legal de atos característicos. Os tribunais no decorrer dos anos iniciaram a se referir expressamente sobre tal fenômeno, verificando a sua incidência nos julgamentos de casos de violência doméstica e reparação civil (LESSA, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme Greco (2009) o Direito Penal possui suas bases em princípios fundamentais, destacando-se o princípio da legalidade, que se ramifica em três dimensões: reserva legal, anterioridade da lei penal e taxatividade.

Para se tipificar um novo crime deverá ser observado o princípio da legalidade, onde a lei é a única fonte do direito penal, a necessidade de criação de lei escrita é a reserva legal e representa a garantia aos indivíduos que o Poder Legislativo tenha legitimidade para desempenhar o papel normativo.

O princípio da legalidade diz que não pode haver crime sem lei, está previsto na Magna Carta em seu artigo 5º, II. Conforme Prado (2013):

> Desse modo, torna-se imperiosa para o Poder Legislativo a proibição de utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos na construção dos tipos legais de delito. Visa cumprir a exigência da certeza (lex certa), no sentido de que o conteúdo da lei possa ser conhecido por seus destinatários, permitindo-lhes diferenciar entre o penalmente lícito e o ilícito. Pela taxatividade, busca-se estabelecer as margens penais às quais está vinculado o julgador. Isso vale dizer: deve ele interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial. (p. 163).

Portanto, cumprindo o devido princípio da legalidade e da reserva legal, o legislador, através do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, o artigo 147 traz em seu bojo:

> Perseguição obsessiva ou insidiosa Art. 147. Perseguir alguém, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade [...]

A proposta do tipo penal traz consigo a incriminação da perseguição consistente, podendo ser praticada pelo *stalker* de qualquer forma, via internet, pessoalmente etc., desde que ocorra de forma que restrinja a capacidade de locomoção da vítima e que ameace sua integridade física e psicológica, causando-lhe perturbações. De acordo com Gomes (2016), na criminalização do *stalking* não é comprometida apenas a liberdade da vítima como também sua privacidade, saúde e imagem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em se tratando de execução vinculada, a forma da prática do ato ilícito é indicada no tipo objetivo do crime, portanto a proposta de criminalização enxerga o *stalking* como um crime de execução vinculada já que o tipo penal restringe os meios de sua prática.

O ilícito também aparece como crime formal e não material, já que o legislador, mesmo que tenha descrito de forma superficial as lesões causadas aos bens tutelados, o fez de forma ampla, não observando a exigência que existe nos crimes de resultado ou materiais (PRADO, 2013). Portanto, para que haja punibilidade do autor, é necessário a prova da lesão ao bem jurídico.

Em relação a autoria, divide-se em dois tipos: os comuns e próprios, onde o primeiro são delitos que podem ser praticados por qualquer indivíduo, independentemente de sua qualidade. Já o segundo são aqueles em que é necessário que o agente possua qualidade específica. No caso em tela, o *stalking* é considerado crime comum, já que não há a exigência de característica específica ao agente para que seja concretizado (CAETANO, 2015).

O elemento subjetivo do crime é a título de dolo, significa dizer que o sujeito deve querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, conforme artigo 18, I do Código Penal. Sendo assim, o dolo pode ser direito ou eventual, mesmo que a vontade do sujeito não seja perturbar a vítima, mas somente a aproximação, bastando a consciência e a conformação do fato de que as investidas de contato com a vítima já violam a legislação penal (CAETANO, 2015).

Para Gomes (2016), a consumação do crime em alguns casos, mesmo diante da conduta do agente poder se classificar como *stalking* não é o suficiente para gerar ameaça ou causar danos emocionais ou físicos. Há situações em que alguém segue uma vítima sem que esta se dê conta, ou até mesmo "inspeciona" sua vida pelas redes sociais, mas sem fazer ameaças ou ter grandes aproximações, portanto fica claro que para se consumar o crime, tem-se que caracterizar o tipo penal de ameaça à integridade física ou emocional, restrição da capacidade de locomoção ou perturbação da privacidade. No entanto, para a consumação do delito é necessário observar a frequência dos atos, o dolo, e se a vítima se sente incomodada com as práticas.

4 A MEDIDA PROTETIVA NO CONTEXTO JURÍDICO E REAL

Conforme visto anteriormente, a legislação brasileira ainda não acompanhava a diversidade das relações humanas, e por consequência não consegue resolução para certas questões, como o do *stalking*. O tipo penal que mais se assemelhava com ao caso em tela é a contravenção penal elencada no artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41: "Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acidente ou por motivo reprovável [...]"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Deve-se levar em consideração que apenas a perturbação da tranquilidade não é o suficiente, já que o *stalking* ultrapassa a esfera psicológica ou moral, incidindo perturbação no trabalho ou sossego alheio, importunação ofensiva ao pudor, constrangimento ilegal, ameaça bem como lesões corporais. O fato é que não existe ainda na legislação brasileira um tipo penal específico, mas um conjunto de artigos destinados à outras questões que também podem ser aplicados par ao caso em tela.

Mesmo que sem tipificação expressa, era possível encontrar menções do *stalking* em alguns julgamentos dos Tribunais, onde em sua grande maioria, utiliza-se o termo para definir a perseguição ou assédio persistente, em grande parte dentro de casos de violência doméstica, entretanto existem também ações cíveis para a reparação de dano e obrigação de fazer (CAETANO, 2015).

À título exemplificativo, há a existência do HC 359.050/SC, julgado pelo STJ, onde retrata caso de violência doméstica onde a vítima era perseguida devido ao término do relacionamento amoroso com o autor. Como se demonstra:

> As condutas do paciente, consistentes em incessante perseguição e vigília; de busca por contatos pessoais; de direcionamento de palavras depreciativas e opressivas; de limitação do direito de ir e vir; de atitudes ameaçadoras e causadoras dos mais diversos constrangimentos à vítima, aptos a causarem intensa sensação de insegurança e intranquilidade, representam o que é conhecido na psicologia como stalking, o que confirma a instabilidade dos traços emocionais e comportamentais do paciente, aptos a justificar a elevação da basal, inexistindo teratologia ou ilegalidade a ser reparada. 7. Habeas corpus denegado. (HC 359.050/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017)

Há relatos também de julgados que evidenciam o envio constante de mensagens do réu para a vítima, que ultrapassou o mero dissabor, causando-lhe perturbações:

> As constantes mensagens enviadas pelo réu para a autora, conforme se verifica pelos documentos de fls.24,25,26,27,28,29 evidenciam conduta que a caracterização de intromissão persistente do réu em relação a autora. Não me parece razoável que se possa justificar a conduta do réu pelo simples fato da autora remeter, igualmente, mensagens. Caso não fosse objetivo do réu em perturbar a autora deveria ter cessado a remessa das mensagens. O teor das mensagens de fls.24/29 ultrapassam o simples dissabor ou circunstância normal da vida. É evidente o objetivo da parte ré em perturbar e se imiscuir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> indevida no íntimo da autora. Neste sentido tenho que a sentença deva ser reformada, pois o conteúdo das mensagens permite evidenciar que atributos da personalidade foram violados e, portanto, caracterizado se encontra a agressão a atributos da personalidade. A intimidade e o sossego se encontram violados permitindo a caracterização e a condenação em danos morais. (Apelação Cível Nº 70074154501, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 30/08/2017).

Como se vê acima citado, os julgadores se referiam ao *stalking* como fenômeno psicológico, não um crime de fato, já que não havia precedentes tipificados na legislação pátria até aquela presente data.

Dessa forma, fora apenas no ano presente ano (2021) que fora tipificada pelo legislador através da Lei 17.914/21, que acrescentou o artigo 147-A ao Código Penal, como se vê:

> Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> § 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:
>
> I - contra criança, adolescente ou idoso;
>
> II - contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;
>
> III - mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.
>
> § 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.
>
> § 3º Somente se procede mediante representação."

De acordo com Lessa (2021), a tipificação do crime em tela fora medida solicitada pela Associação dos Magistrados Brasileiros junto ao Congresso Nacional no Pacote Basta. Dessa forma, foi sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro e passou a vigorar na data de sua publicação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O crime possui três vertentes: perseguição reiterada com ameaça à integridade física ou psicológica, a perseguição constante que visa restringir a locomoção da vítima ou a perseguição constante com invasão ou perturbação da liberdade. Dessa forma, a infração penal deve ser habitual, e por isso, não se admite tentativa.

O crime também prevê o aumento da pena se este for cometido contra criança, adolescente ou idoso, também incide majorante em casos de crimes cometidos contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, como disposto no artigo 121, § 2º-A do Código Penal, ou seja, em casos de perseguição de violência doméstica e familiar.

Também prevê aumento em caso de concurso de duas ou mais pessoas ou se houver emprego de arma. Ademais, a norma se vê apenas na modalidade dolosa, não incidindo a culposa, prevê a cumulação de pena do delito de perseguição.

Importante salientar que o legislador tipificou como uma Ação Penal Pública Condicionada a Representação, ou seja, para que as autoridades prossigam com a investigação e que o autor seja devidamente processado, a vítima precisa fazer uma representação em até 6 meses a partir do momento em que se sabe quem é o autor do crime (LESSA, 2021).

Vale ressaltar que as vítimas do crime de *stalking* podem se valer das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, com o intuito de sanar e obstar que o perseguidor continue o constrangimento e a invasão da privacidade. As medidas são cautelares e se destinam a proteção da mulher, abrangem relações intimas de afeto, onde o agressor convive ou convivia com a vítima, independente de coabitação (REIS, 2020).

Em casos ocorridos, uma juíza de São Paulo concedeu medida protetiva de urgência a uma vítima de *stalking* contra pessoa que estava a perseguindo objetivando iniciar relacionamento amoroso, mesmo após várias recusas da vítima. O *stalker* fazia várias ligações para a vítima com números diferentes, chegando até a comparecer no local de trabalho da vítima, além e criar perfis falsos em redes sociais para tentar contato com familiares e amigos.
Assim, a magistrada concedeu medida protetiva que proibia o autor do crime de se aproximar ou fazer contato com a vítima ou seus familiares (REIS, 2020).

Ademais, através da Resolução Conjunta nº 05/2020 CNJ/CNMP, fora instaurado o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, que demonstra às autoridades o prenúncio de feminicídio, podendo também ser aplicado nos casos de *stalking*, mesmo os que não são praticados em ambiente doméstico, sendo completamente plausível a aplicação de medida protetiva em favor de uma mulher contra desconhecido perseguidor. O *stalking* também pode ser punido na esfera cível, já que causa abalo moral e emocional as vítimas, que podem pleitear ações de danos cíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente artigo, observou-se a crescente modernização da legislação brasileira no reconhecimento do *stalking,* expondo o perfil dos autores desse ilícito, perfil da vítima e suas diversas tipificações no decorrer dos anos.

A pesquisa teve como objetivo demonstrar os conceitos de *stalking*, quais condutas são tipificadas como o ato, descrever os perfis dos *stalkers* bem como demonstrar as consequências de tais atos na vida privada das vítimas. Se atestou, também, a gravidade das condutas, podendo tirar a vida de muitas vítimas.

A criminalização do *stalking* no Brasil foi um grande avanço no âmbito jurídico, já que visa a proteger todos os bens jurídicos que são feridos por meio de tal conduta delituosa. E a sua importância torna-se ainda fundamental devido ao uso de medidas protetivas, seja estas dadas por outras matérias legislativas.

Apesar da criminalização, o fenômeno aqui estudado ainda precisa de grande desenvolvimento na jurisdição brasileira, pois ainda há a necessidade de se observar as particularidades de tal prática em território nacional, já que mesmo com o direito comparado de diversos estudos de outros países, há a necessidade da observação da cultura brasileira.

Conclui-se que com a inclusão do crime de perseguição no Código Penal, traz modernização à legislação, que passa a punir de forma mais branda aqueles que praticam tais atos taxativos contra as vítimas. Também importa mencionar que as medidas protetivas e demais leis que compõe o ordenamento jurídico brasileiro podem servir de direito comparativo para os julgados, e serem devidamente aplicadas a cada caso concreto.

O Brasil ainda tem carência cientifica para explorar o fenômeno acima narrado, necessita da devida conscientização dos problemas bem como sua neutralização, para tanto é necessário o uso adequado do instrumento jurídico, já que o *stalking* contém mais de uma conduta criminosa, se observado o já disposto na legislação penal vingente, sendo necessário o reconhecimento magistral de que a conduta não é isolada, e sim um *modus operandi* estrito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, (2021). **Lei nº. 14.132**, de 31 de março de 2021, acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 marc.2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm >.Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**: Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em: 02 nov. 2021.

CAETANO, Eduardo Paixão. **Perseguição obsessiva que ofende os valores de direitos humanos, o crime de stalking**. Conteúdo Jurídico, 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/coluna/2089/perseguicao-obsessiva-que-ofende-os-valores-de-direitos-humanos-o-crime-de-stalking>. Acesso em: 24 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Conjunta nº 5/2020.** Disponível em**:** https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3218. Acesso em: 14/11/2021

COSTA, Susana Manuela Fernandes. **Stalking: Prevalência junto de profissionais de saúde mental**. 2011. 51 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2011. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/18632/1/Susana

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** 15. ed. Niterói, Rj: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio.** 4. ed. Niterói, Rj: Impetus, 2009.

LESSA, Marcelo de Lima. **Primeiras impressões sobre o crime de perseguição.** 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/89565/primeiras-impressoes-sobre-o-novo-crime-de-perseguicao-lei-n-14-132-de-31-de-marco-de-2021. Acesso 12/11/2021

MELO, Jamil Nadafde. **Crime de stalking e seu reflexo na legislação brasileira.** 2009. 71 p. monografia (graduação em direito)- ufsc, Florianópolis, 2012.Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-crime-de-stalking-e-seu-reflexo-na-legislacao-brasileira-parte-1. Acesso em:15 jun. De 2021.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Romano, Tadeu Rogério. O Crime de Stalking. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/89587/o-crime-de-stalking> Acesso em:15 jun. De 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 873 p. v. 1

Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012 - (NOVO CÓDIGO PENAL). [S.l.: s.n.], 2012. 1 p. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf . Acesso em: 18 nov. 2021

TSUTSUI, F. C. & Neto, R. P. A. (2017) ano. **A tipicidade do stalking no brasil.** Revista Interfaces, 9(1), 97-109 (pag revista).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

UMA ANÁLISE DO JUIZ DAS GARANTIAS A LUZ DO JULGAMENTO DO EX-PRESIDENTE LULA PELO ENTÃO JUIZ SÉRGIO MORO.

ANTONIO PEREIRA DE ARRUDA NETO: Bacharelando do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - Palmas/TO.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO 1

(orientador)

RESUMO: Este trabalho possui o desígnio de explorar o contexto histórico do sistema processual penal brasileiro, elencando as fases evolutivas que o Brasil exerceu ao longo da legislação processual penal até chegar o momento da implementação definitiva do sistema acusatório coadunando com a Carta Magna de 1988. A pesquisa em comento terá primordialmente uma abordagem qualitativa e de natureza básica, sendo utilizado metodologicamente o objetivo explicativo, colhendo os fatores que contribuíram para os acontecimentos de novos fenômenos jurídicos. O procedimento adotado nesta análise será de pesquisa bibliográfica, com enfoque principal nas doutrinas e artigos jurídicos. Ademais, aborda a necessidade da implantação do Juiz das Garantias trazido pela novel Lei Nº 13.964/19, relacionando com a formação da decisão proferida por magistrado envolvido na persecução penal, desde a fase investigativa até a sentença, em confronto com a dissonância cognitiva do juiz. Outrossim, importante listar o caso em ascensão no mundo jurídico, onde o Supremo Tribunal Federal reconhece a suspeição e a parcialidade de um ex-magistrado da esfera Federal enquanto Juiz de Direito, o qual maculou toda a instrução processual envolvendo um ex-presidente da República Federativa do Brasil. Pretende-se indagar a importância e efetiva implantação da figura do juiz garantidor no âmbito do processo penal brasileiro e explanar toda prejudicialidade e insegurança jurídica trazida por decisões suspeitas, anulando todo o trabalho de persecução penal que durou anos a fio, em decorrência das decisões recentes tomadas pela Suprema Corte do País em que a condenação que recaiu sobre Luiz Inácio resultou em nulidade e, consequentemente, toda fase processual já superada será reiniciada, visto que, as decisões judiciais pretéritas foram valoradas de forma errônea e parcial. Propõe-se especificar os erros processuais de todo o curso de investigação e indagar a morosidade da aplicação de uma justa justiça e eficaz aplicabilidade.

Palavras-chave: Sistema Acusatório; Juiz das Garantias; Suspeição; Parcialidade; Processo Penal.

ABSTRACT: This work has the purpose of exploring the historical context of the Brazilian penal procedural system, listing the evolutionary phases that Brazil carried out throughout the penal procedural legislation until the moment of the definitive implementation of the

accusatory system, in line with the Magna Carta of 1988, arrived. in comment will primarily have a qualitative approach and of a basic nature, methodologically using the explanatory objective, collecting the factors that contributed to the events of new legal phenomena. The procedure adopted in this analysis will be bibliographical research, with the main focus on legal doctrines and articles. Furthermore, it addresses the need for the implementation of the Judge of Guarantees brought by the novel Law No. 13,964/19, relating to the formation of the decision rendered by a magistrate involved in criminal prosecution, from the investigative phase to the sentence, in comparison with the judge's cognitive dissonance. Furthermore, it is important to list the growing case in the legal world, where the Supreme Court recognizes the suspicion and partiality of a former judge of the Federal sphere as a Judge of Law, who marred the entire procedural instruction involving a former president of the Republic Federative of Brazil. It is intended to investigate the importance and effective implementation of the figure of the guarantor judge in the scope of the Brazilian criminal procedure and explain all harmfulness and legal uncertainty brought about by suspicious decisions, nullifying all the work of criminal prosecution that lasted years on end, as a result of recent decisions taken by the Supreme Court of the country in which the conviction that fell on Luiz Inácio resulted in nullity and, consequently, any procedural phase already overcome will be restarted, since the past court decisions were wrongly and partially valued. It is proposed to specify the procedural errors of the entire course of investigation and investigate the delay in the application of fair justice and effective applicability.

Keywords: Accusatory System; Judge of Guarantees; Suspicion; Partiality; Criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

1.1 O NOSSO SISTEMA PROCESSUAL:

1.1.1 As raízes inquisitórias do Processo Penal Brasileiro

Entender a origem do sistema processual brasileiro faz-se necessário para entender o agir do judiciário e seus costumes e, concomitantemente, compreender as decisões tomadas pelo mesmo, a fim de estabelecer um desenvolvimento na linhagem histórica para explorar as nuances de um sistema inquisitório presente no sistema acusatório, sendo este último o adotado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, cumprindo o dever de democrática e garantidora dos direitos fundamentais.

Em linhas gerais, historicamente, após a independência de Portugal e o início do Brasil Império, o *jus puniendi*, ou seja, o poder/dever de punir do Estado fora pautado desde os primórdios do Brasil imperialista com o objetivo principal de estabelecer o

interminável poder do perdão e o controle da sociedade junto à Igreja Católica, vez que, as maiorias dos crimes à época eram direcionados ao imperante.

Além desse fator, o primeiro Código de Processo Penal Brasileiro surgiu em 1832 com uma grande relação aos princípios iluministas, que visavam basilarmente seguir os três pilares deste movimento intelectual, quais sejam, a razão, a liberdade e o desenvolvimento da sociedade referente ao pensamento racional e científico. No entanto, tais inspirações ficaram apenas nas escritas, tendo em vista que as práticas de penas de mortes ainda eram aludidas como um dos caminhos a serem tomados pelo juiz criminal, havendo ainda normas especiais caso o réu fosse escravo, tendo como punição o açoite (BRASIL, Código do Processo Criminal do Império de 1832).

Por sua vez, tal circunstância somente evidencia a historicidade do processo penal brasileiro nos tempos de reinado e, não faz parte da estrutura punitiva a ser explorada. Superado o tema do processo penal imperial que a história comprova a extrema nocividade, surge o Código de Processo Penal de 1941 trazido pelo Estado Novo de Getúlio Vargas sempre com a braveza da estrutura punitiva e da persecução imposta pelo Estado em face do réu, destoando do princípio basilar da dignidade da pessoa humana que visa defender o indivíduo da truculência estatal, garantindo ao réu uma condenação penal que corroborasse a autoria e criminalidade (PACELLI, 2021, p. 21).

Nesse passo, Hassan Choukr esclarece o viés autoritário do Código de Processo Penal supramencionado:

> Como decorrência natural do espírito autoritário que possui e que alimenta largamente sua interpretação, até mesmo nos dias de hoje, os primeiros cuidados do Código dirão respeito à atividade de polícia para, depois, seguir-se a estrutura da ação e, por fim, as disposições de competência. Previsões sobre os atores processuais são bem posteriores e, verdadeiramente, o papel da jurisdição se afigura esmaecido entre os elementos de caráter administrativo que aparecem em primeiro lugar. (HASSAN CHOUKR, Fauz, 2005, p. 2).

Fato é que o desregramento e a prepotência do código de processo penal ainda vigoram perante os togados, vez que a máxima inspiração de legislação pertinente para atuar no âmbito penal é o afamado Código de Rocco, qual seja, o Código de Processo Penal Italiano, que traz em suas entranhas a imposição do regime fascista, onde é refletido diretamente no réu, que é posto como inimigo e o acusado a ser combatido pelo Estado sendo considerado claramente um inimigo do povo.

Consequentemente, o Código de Processo Penal de 1941 não fugiria dessas linhas totalitárias. Para tanto, apesar da novel Constituição de 1988 destruindo os resquícios

ditatoriais, as laias inquisitórias não foram findadas como era de se esperar diante de uma nova Constituinte e uma constante discussão sobre a efetiva aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em todas as partes do globo.

1.1.2. As modificações pós Constituição de 1988

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, cumprindo o papel de democrática e garantidora dos direitos fundamentais, o sistema processual sofreu diversas mitigações em seus anseios fascistas. Nessa toada, a chave do garantismo começava a contornar com o advindo da nova Constituinte, abolindo os princípios da culpabilidade e da periculosidade do agente vigente nas entrelinhas autoritárias do Código de Processo Penal e acobertado pela Constituição Federal de 1967.

A exemplo disso, uma inovação de alta relevância foi a implementação de um sistema de garantias individuais permitindo a proteção do indivíduo que ainda não foi submetido a uma sentença condenatória definitiva. Neste contexto, é identificado que a figura do Estado é infinitamente graúda perante o sujeito e para tanto, estas garantias eram indispensáveis ao cidadão para o restabelecimento do sentimento democrático. Sob esse prisma, o Estado Democrático de Direito passa a interessar-se em medidas igualitárias no momento da condenação do culpado e na absolvição do inocente, surgindo em concomitância a independência do Ministério Público, órgão estatal incumbido na parte acusatória, mas que precipuamente preserva a ordem jurídica do regime democrático fiscalizando a todos a fim de garantir o comportamento adequado diante da legislação atuante, rompendo de fato com as características pretéritas e maculadas que o MP desempenhava em função de inclinações exclusivas da função acusatória.

De sorte que, após todo o garantismo ser debatido perante a Carta Magna de 1988, de acordo com a doutrina brasileira, o Processo Penal Brasileiro foi contemplado com um modelo de sistema processual abrasileirado, vindo a ser destacado como um sistema de natureza mista, ou seja, pode-se dizer que fora desenvolvido um sistema híbrido com traços acusatórios e inquisitoriais, não rompendo com o conjunto processual anterior, mas aderindo a um novo conjunto democrático e visionário, formando então, o presente sistema com esta nomenclatura vigente até os dias atuais.

Nesse sentido, Nucci assevera que:

> A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais. Alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, indicativa de um sistema misto; outros, com mais propriedade, apontam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> determinados poderes atribuídos aos juízes no Código de Processo Penal como a justificativa da conceituação antes mencionada. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2005, p. 101).

Por iguais razões, é ponderoso destacar a reforma processual penal que ocorreu no ano de 2008, onde, através das Leis 11.719/2008 e 11.689/2008, objetivou adequar o Código de Processo Penal Brasileiro sob a ótica da Constituição Federal de 1988, em conformidade com todo o garantismo que a Carta Magna traz a respeito de melhorias no sistema de garantias do réu, assegurando um âmbito processual penal mais democrático conforme preceitua a supracitada Carta e estabelecendo uma brevidade processual digna de um sistema moderno (BRASIL, 2008).

Finalmente, mesmo que tardia, a reestruturação penal realizada através das normas no ano de 2008 visava atender os princípios basilares da Constituição que regem todo o sistema jurídico brasileiro e, que, de certa forma foi ignorado por décadas em alguns aspectos humanitários, precipuamente no âmbito penal, onde é de extrema importância a ressignificação da proteção aos direitos humanos e da construção de uma área extremamente democrática na sua totalidade para que o senso de justiça justa se solidificasse conforme o passar dos anos.

Tais princípios são encontrados na CF/88, que retratam respectivamente, os direitos e garantias dos cidadãos brasileiros explanando princípios norteadores, quais sejam, da dignidade da pessoa humana, do tratamento igualitário, do devido processo legal, da presunção da inocência, da atenção à integridade física e moral do preso, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, da proibição de provas maculadas, da duração coerente do processo e por fim e imensamente importante, o tribunal do júri, sendo o primeiro princípio presente no Art. 1º da Constituição e os demais ostentados no Art. 5º.

Para exemplificar e construir uma imagem da relevância supradito, um marco no mundo jurídico ocorreu por meio da Súmula Vinculante 11 do STF, atuando como Guardião Constitucional, quando a proibição do uso de algemas pelo réu durante as argumentações do júri sofreu uma transformação, passando de regra para uma exceção. Tal gesto já era observado em diretrizes jurisprudenciais e, com a devida reforma, tornou-se artigo de lei, amparado pelos princípios da presunção da inocência do réu, da dignidade da pessoa humana e sob o prisma da integridade física e moral do acusado.

1.1.3. A reforma do Processo Penal com o Pacote Anticrime: Sistema Acusatório e Juiz das Garantias

O desenvolvimento e a inserção ávida das plenas peculiaridades do Sistema Acusatório no Código de Processo Penal Brasileiro são marcos necessários para que as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

normas atinentes ao juiz das garantias sejam de fato eficazes, tendo em vista a grande dificuldade de desvinculação dos atributos inquisitórios que permeiam o supracitado código processual e o seu texto natural, no entanto, pequenas correções foram realizadas ao longo dos anos e continuam sendo feitas quando ocorre uma confrontação a respeito da solidificação do modelo acusatório de processo penal.

As correções interpretativas são realizadas pela Suprema Corte Brasileira a fim de rechaçar perante o judiciário qual o sistema processual que o Brasil deseja encaminhar. Sob estes aspectos, importante listar um exemplo claro, quando o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre a impossibilidade de o magistrado demandar de ofício, novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito, sustentando que o desrespeito ao sistema acusatório seria patente (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2002, p. 92).

Sendo desta maneira, é de extrema magnitude que o judiciário brasileiro cumpra os preceitos desta estrutura acusatória para ser eficaz diante de sua proposta democrática. Por isso, a implementação da figura do Juiz Garantidor é de grande anseio por fazer parte desse processo de redemocratização do judiciário brasileiro.

Para tanto, uma das principais modificações realizadas no CPP/41 consta na impossibilidade de o juiz decretar uma prisão cautelar de ofício, ou seja, sem o requerimento das partes. Esse estorvo ao ativismo judicial no qual impede o magistrado decretar prisão de ofício possui o fundamento na implementação expressa do sistema acusatório no processo penal brasileiro por intermédio do famigerado "Pacote Anticrime". Consta ainda o fato de ter sido estabelecido que o sistema processual penal do País será acusatório, fazendo com que várias determinações contidas no CPP/41 passem a ser analisadas de formas distintas (BRASIL, 2019).

Após as devidas atualizações da Lei 13.964/19, é expressamente estabelecido que o sistema processual penal adota o método em que as funções de acusar e julgar foram desagregadas, legitimando a questão probatória para as partes e afastando o juiz de uma função atípica que exerceu durante fartos anos. Ao magistrado, cabe cumprir a sua atribuição, qual seja, de julgador e não de parte, consignando o papel de espectador adentro do jogo processual e não de jogador, como ocorre de quando em quando (BRASIL, 2019).

Vale repisar que todas as reformulações enfatizadas se tornaram um grande passo para almejar o ideal papel de togado imparcial, ainda que esta figura não goze de forma plena e devida e, ao mencionar que estão vedadas as iniciativas do juiz na fase investigativa, exprime que o magistrado não pode agir de ofício, seja para decretar medidas cautelares tal como medidas cautelares reais ou diligências de buscas e apreensões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme o Art. 3º-A do CPP/41, o papel probatório é da acusação e não do juiz, entretanto, em que pese a nova redação buscar modernizar o judiciário brasileiro, o legislador manteve o Art. 156, I, do CPP/41, que possibilita a atuação do juiz de ofício na questão probatória, a seguir:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Ora, se a finalidade principal e objetiva é esgotar com o ativismo judicial e estabelecer que as provas sejam de inteira responsabilidade da acusação, como admitir a atuação do magistrado na produção de provas nos termos do artigo supracitado? Consigna-se que as provas consideradas urgentes e relevantes é amplamente superficial e de cunho genérico, ofertando margem para uma atuação ilimitada e descabida.

Há de se destacar que outro dispositivo presente no Código de Processo Penal é adverso atinente a inteligência do Art. 3-A, especialmente, quanto a possibilidade do juiz substituir as partes na questão probatória, o qual proporciona ao magistrado a realização de perguntas na audiência, de acordo com o Art. 212, P.U, CPP/41, *in verbis:*

> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Imperioso ressaltar que, partindo das modificações realizadas na legislação processual penal através da Lei Nº 13.964/2019, aperfeiçoando o sistema penal e processual penal, é indubitável que o sistema acusatório foi definido por lei para ser estritamente cumprido, todavia, o artigo supraindicado ataca a legislação novel a qual determina que o ato probatório é de competência das partes, não devendo o togado substituir esta atuação.

Nesse sentido, inexiste razões para que o magistrado realize perguntas no decorrer da audiência, tendo em consideração que o mesmo não possui o condão de provar determinados fatos através de questionamentos. Por seu turno, mesmo diante das críticas

e contradições dentro do próprio código, é preciso entender que o propósito é a total implantação do sistema acusatório, carecendo o juiz limitar-se ao papel que lhe é incumbido, qual seja, de julgador, de modo que as demais normas contidas no CPP/41 devem ser interpretadas em conformidade com a disposição do Art. 3-A, CPP/41.

Felizmente, surge a figura do juiz de garantias, incluída no Código de Processo Penal através da Lei Nº 13.964/19, no intitulado "Pacote Anticrime", desencadeou um acirrado debate sobre sua virtude e principalmente sua constitucionalidade. Acrescenta-se, ainda, que a finalidade anunciada no Art. 1º da referida lei é "aperfeiçoar" o direito penal e o processo penal. De fato, as dúvidas que pairam se as novas regras realmente melhoram a legislação são constantes, no entanto, não se pode confundir com a análise da constitucionalidade das normas vindouras.

Por tais motivos, importante destacar a funcionalidade do Juiz das Garantias em outros países como um direito comparado, a fim assegurar a lisura do processo penal brasileiro e reafirmar a urgência da implantação desta figura no Brasil, tornando o ambiente da persecução penal mais justo e correto.

Com estes fundamentos, alguns países figuram a presença do juiz garantidor, tais como, Itália, Portugal, Chile, fazendo com que a distância entre o Juiz do processo seja efetivada perante os elementos recolhidos em investigação, não contaminando o magistrado julgador com convicções precipitadas. *In casu,* a prestação jurisdicional foi eficaz trazendo uma legitimidade processual com as tarefas específicas e divididas entre o magistrado do processo e o magistrado julgador, em outras palavras, com efeito, "a dissociação do juiz da investigação do de julgamento não é estranha ao Direito Comparado, ao contrário." (SANTOS, 2020, p. 50).

A par disso, sabe-se que é um método inovador que afasta os resquícios do sistema inquisitório praticado no Brasil e, reafirma o princípio acusatório do sistema processual penal evidenciando a imparcialidade da toga e externando uma segurança jurídica a todos os envolvidos.

Portanto, é perceptível que a implementação do Juiz das Garantias não é apenas uma mudança legislativa e sim, uma evolução em direção a uma via processual penal mais democrática, que atende, por sua vez, ao mandamento constitucional na ordem inaugurada ainda nos idos de 1988. Além da influência política no processo penal, é preciso falar também da influência da nova ordem constitucional. A Carta Magna de 1988 prevê que os juízes garantidores representem a posição constitucional do tribunal, ou seja, durante a fase de investigação, de acordo com o sistema de acusação criminal, as ações são realizadas controlando a legitimidade e outros direitos individuais básicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A respeito do tema e das condições psicológicas em que se encontra o togado, na atual conjuntura processual penal do Brasil, Santos leciona que:

> A adoção do juiz das garantias em tantos e diferentes Países é a resposta a uma constatação científica, extraída, mais precisamente, da psicologia: **na medida em que o magistrado, embora passivamente, intervém no inquérito, acompanhando o seu desenrolar, deferindo medidas cautelares que servirão de suporte para a vindoura denúncia, dialogando com os agentes de repressão estatal – delegados e promotores de justiça –, tudo isso sem o contraponto defensivo, em vista da inquisitoriedade do inquérito, é natural que o seu convencimento comece a ser construído sob a ótica do Estado-acusação.** Tal se dá não por má-fé, mas a partir de uma armadilha mental, afinal, suas impressões e convicções são construídas de acordo com a realidade colocada à sua frente. Não por acaso tem-se o bom e velho dito popular segundo o qual a primeira impressão é a que fica. Sendo esse mesmo juiz o responsável pelo julgamento do mérito, quando vier a versão defensiva o juiz a examinará carregado de preconceitos, subvertendo, psiquicamente, a presunção de não culpabilidade versada no art. 5º, LVII, da CRFB/88, enquanto regra de tratamento: ao invés de ouvi-la com desassombro, sem peias nem desconfianças, tratando o réu, senão como inocente, ao menos como não culpado, recebê-la-á com soslaio, com olhos de censura. E, se assim o é, imparcialidade inexiste.[...]. (SANTOS, 2020, p. 53, grifos nossos).

Entrementes, o maior valor agregado em relação ao processo criminal, diz respeito ao fato de que o magistrado das garantias que é atuante na fase de investigação não será o mesmo da fase de instrução em que julgará um determinado processo, ou seja, o juiz que comandará a parte instrutória irá se abster do conhecimento prévio relacionado as colheitas de provas durante a persecução penal.

Nesse passo, Junior (2021, p. 51) assevera que a mudança dos juízes ocorre em um momento de recebimento da denúncia ou da queixa, a qual é encaminhada para o togado da instrução acompanhado da peça acusatória, fazendo com que o juiz da instrução colha as provas através do cumprimento dos princípios substanciais democráticos, quais sejam, o devido processo legal e garantindo o contraditório e a ampla defesa para formar o seu convencimento.

Desta forma, basicamente as partes envolvidas no processo criminal estarão equidistantes e atuantes nas produções de provas ao magistrado para convencê-lo do julgamento pretendido, seja para condenação ou absolvição, diferentemente do que

transcorre nos dias atuais, onde o juiz da instrução tem conhecimento prévio de toda a íntegra que da fase de investigação (JUNIOR, 2021, p. 70).

O juízo da instrução poderá manter contato com alguns componentes de informativos que já foram colhidos na fase de investigação, desde que, tratam-se de provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas que são encaminhadas ao juízo da instrução. Por seu turno, as outras informações da investigação ficam acauteladas, de modo que o magistrado da instrução não terá conhecimento sobre essas informações, pois, as mesmas ficarão distanciadas e, somente as partes, no caso a acusação e a defesa, quem poderá ter acesso as supracitadas averiguações. Então, no caso, a relação do juiz das garantias com o sistema acusatório se dá justamente porque a figura do mesmo tonifica o referido sistema. Para tanto, o Código de Processo Penal, através do Pacote Anticrime e à luz do Art. 3-A, determina:

> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Então, em especial, a legislação acima reforça o sistema acusatório que já foi consagrado pela Constituição Federal, preceituando especificamente no Art. 129, I:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Acrescenta-se ainda, que devido ao fato do Código de Processo Penal vigente ser anterior a Constituição, a mesma quando trouxe o dispositivo acima, deixou bem claro o sistema que o país adotaria referente aos procedimentos dos processos criminais brasileiros, isto significa a consolidação do sistema acusatório, em que, não haveria nenhuma desordem entre o poder de acusar e o poder de julgar. Como se depreende, a Carta Magna define bem a separação destes poderes de modo que ficasse clarividente que o julgador não atuará como órgão de acusação.

Cumpre consignar a exigência que a Constituição traz consigo, reivindicando que o magistrado se distancie o máximo possível das partes para que ele possa conferir paridade de armas a acusação e a defesa. Dentro desse contexto, a figura do juiz garantidor é responsável por realizar um reforço ao sistema acusatório e, além disso, explanar as funções de controle de legalidade e garantias de direitos individuais daqueles que estão sendo investigados.

Convém ponderar, ao demais que não são todos os procedimentos criminais que irão ser passíveis do juízo das garantias e nem todos os processos criminais caminharão para a autorização da separação do magistrado da fase de investigação e o magistrado da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

fase de instrução, considerando que o legislador conceituou uma ressalva no Art. 3º-C e seus parágrafos, do Código de Processo Penal Brasileiro, da seguinte forma:

> Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.
>
> § 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.
>
> § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.
>
> § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.
>
> § 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Isto é, os crimes de menor potencial ofensivo preceituados na Lei 9.099/95, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não serão objetos de atuação do juiz das garantias, em virtude da celeridade dessa espécie de procedimento, o qual é designado como procedimento sumaríssimo. Então, em suma, o juiz das garantias tão somente será aplicado ao procedimento ordinário e ao procedimento sumário.

No caso vertente, após toda a ampla divulgação e promulgação da Lei 13.964/19, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação dos Juízes Federais do Brasil judicializaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal, a fim de impugnar a figura do juiz garantidor, através da ADI Nº 6298, onde todos os dispositivos que tratam da atuação do juiz das garantias foram suspensos partindo do Art. 3º-A findando no Art. 3°-F do CPP/41, sendo que, até a presente data da escrita deste artigo, a liminar mantém suspensa sua implantação imediata. Ademais, é um caso que consubstanciará no plenário do STF. Releva notar, ainda, que, a Lei 13.964/19 denominada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

"Pacote Anticrime" vigorou alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e a legislação extravagante.

2. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E O PRESSUPOSTO DO EXERCÍCIO PLENO DA JURISDIÇÃO PENAL

A concepção para emergir a imparcialidade do togado veio com força no autoritarismo da pré-revolução francesa no século XVIII. Dessa forma, logo se entendeu a ideia de que o juiz deveria julgar a partir da lei e não deixar margem para o subjetivismo, tencionando maior legitimidade no julgamento sem haver um preconceito por parte do julgador, mantendo-se neutro na situação. Destaca-se a relevância da temática acompanhada de sua complexidade, dado que o ser humano, assim como o juiz, conduz uma bagagem de acentuada vivência capaz de inspirar em sua tomada de decisão na atividade jurisdicional (MENDES, 2020, p. 50)

Conforme ensina Souza (2018, p.46) no tocante ao princípio fundamental da imparcialidade do juiz presente na Constituição Federal Brasileira de 1988, é de longe um dos mais cardinais, dado que, inexistindo a imparcialidade todos os outros princípios perdem sua essência, visto que não chegam a uma completude. Embora seja um princípio composto na CF, é bastante criticado em linhas filosóficas, políticas e sociológicas como um mito da modernidade e, apesar disso, é considerado formal e juridicamente necessário para que exista uma garantia contra a arbitrariedade e suas sequelas.

No sentido idealista do princípio, Souza (2018, p. 58) leciona que o juiz imparcial é aquele que julga livre de elo ou conexão com algumas das partes, portanto, sua decisão é indiferente aos fatos que não são apresentados como prova. Por conseguinte, extrai-se que a neutralidade do julgador é necessária para a legalidade do procedimento, resultando em uma ação plenamente eficaz do início ao fim sem perspectivas de falhas. Isto significa que as formalidades do direito vêm justamente com o intuito de transluzir segurança jurídica a todo momento em nome de uma equidade almejada. A fim de salvaguardar a figura do magistrado imparcial, a Carta Magna de 1988 aduz em seu Art. 95, parágrafo único, garantias e vedações que possuem primordialmente a função de tutelar contra possíveis incorreções cometidas pelo juiz, a seguir:

> Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:
>
> I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;
>
> III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> Parágrafo único. Aos juízes é vedado:
>
> I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
>
> II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
>
> III - dedicar-se à atividade político-partidária.
>
> IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Persistindo na importância de garantias e vedações do magistrado, o CPP/41 também estatui em seu Art. 252 em referência aos impedimentos e no Art. 254 em alusão as suspensões, dispostos a evitarem condutas antidemocráticas, sobretudo atuações inconstitucionais que versam na realidade do judiciário brasileiro.

Tradicionalmente, é contextualizado o significado de jurisdição penal como forma efetiva do Estado para exercer o imponente poder punitivo sobre o acusado, restando para a parte enfraquecida a submissão perante tamanho poder. Diante da conjunção, o predomínio do entendimento de jurisdição meramente como poder estatal corrobora as características de coação e do autoritarismo, ocorrendo uma brecha para as práticas arbitrárias em prol da afirmação do poder punitivo, tais como, uma reconsideração das garantias constitucionais que o cidadão possui como proteção contra o forte poder para com o Estado e irrestrita liberdade de iniciativa probatória do togado, com um argumento de aproximação da verdade real, que conflita diretamente com os valores democráticos de um Estado de Direito.

Com o efeito de realce, um Estado democrático é baseado na tutela de liberdade do cidadão contra o poderio estatal, através de um conjunto de direitos e garantias, celebrados de forma constitucional que possuem o condão de reiterar que a atividade jurisdicional deve ser abarcada como indubitável protetora do sistema de garantias e direitos constitucionais, não agindo de forma reversa com exibicionismo do arbítrio, de acordo com Lopes Jr.:

> A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos diretos do acusado no processo penal. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 51)

Por consequência, a proteção das garantias as quais o indivíduo possui dentro de um devido processo legal no âmbito penal, é um preceito fundamental exigido por parte do poder Estatal a fim de frustrar tal poder, limitando-o constitucionalmente com base no contexto de que todo poder tende a ser autoritário e esse autoritarismo deve ser contido, não só submetendo o sujeito ao julgamento perante um juiz e sim, sujeitando-o a um magistrado natural, garantidor e preponderantemente imparcial, tendo em vista a construção de uma atividade probatória pelas partes envolvidas, cabendo ao togado apenas espectar com o intuito de proferir sentença de acordo com a apresentação de fatos e provas válidas dentro de um processo, alcançando uma verdade processualmente fidedigna embasada no que preconiza o conceito de jurisdição penal, exemplificando uma conjuntura de conhecimento e autoridade, aliando ambos no devido processo legal e à frente do saber, para que não haja o exercício do poder arbítrio.

2.1. Os efeitos da Dissonância Cognitiva na imparcialidade do magistrado

É crucial começar a introduzir os efeitos da dissonância cognitiva na imparcialidade do magistrado, elucidando a Teoria da Dissonância Cognitiva no ponto de vista psicológico. Sob esse prisma, ela foi desenvolvida a partir do campo da psicologia social na universidade de Nova York na década de 1950, por Leon Festinger, partindo do princípio da análise no qual verifica-se as formas em que as pessoas reagem diante de duas ideias certamente antagônicas e incompatíveis entre si e, de que maneira o indivíduo pode buscar algo para aliviar essa situação desconfortável, ou seja, um sujeito de forma passiva é provocado por concepções e acaba buscando uma possibilidade de equilíbrio dentro do seu próprio sistema cognitivo para harmonizar a relação entre o seu conhecimento e suas opiniões. (ANDRADE, 2019, p. 1654)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em outras palavras, é uma solução para eliminar essa contradição existente que acaba extraindo a ideia da dissonância e consequentemente do próprio estresse que é gerado por ela. Isto em palavras simples, é como se o sujeito tencionasse, em sentido psicanalítico, defender-se do ego de eliminar as contradições intelectivas entre duas concepções divergentes da qual ele precisa encontrar lógica em uma das duas para pacificar essa estrutura cognitiva.

Trazendo essa realidade um pouco complexa para o mundo jurídico, enxerga-se na prática e com bastante precisão o funcionamento desse desequilíbrio e a forma que pode alterar a legitimidade em uma decisão processual. No caso, o magistrado está exposto diariamente a uma dissonância cognitiva, dado que um lado detém a tese da acusação e do outro a tese da defesa, logo, ambas colidem e imediatamente a psique do julgador entra em divergência e causa uma dissonância na compreensão dos fatos.

Nessa perspectiva, é imprescindível mencionar a sapiência do ilustre jurista alemão, Schünemann (2012), que assevera através de artigos e pesquisas em que, a ocasião de quando o juiz começava a ter contato com os episódios na fase do inquérito, imediatamente se convencia que aquilo era verdade. Posteriormente, o mesmo obtinha um reforço positivo com oferecimento e recebimento da denúncia e, no caminhar do processo, quando inserida a tese da defesa, o togado já estava contaminado e cada vez valorizando as idealizações que confirmavam o seu pensamento, negando-se a prestar atenção nos conteúdos que causavam essa dissonância, evidenciando que as teses da acusação dispunha de uma força bem maior perante a da defesa, em razão de convencimento prévio que o crime de fato havia desenrolado.

O jurista também percebeu em sua pesquisa que, de 17 juízes que tiveram contato com o inquérito, todos eles condenaram o acusado e de 18 juízes que não tiveram contato com o inquérito, 08 proferiram condenação e 10 absolveram, ou seja, reforça o quanto o magistrado nutrindo o contato prévio com o inquérito pode acarretar adversidades, visto que não é disponibilizado o ingresso ao contraditório pleno por analisar somente sob o ponto de vista estatal, em outras palavras, o julgador sente-se cômodo em aceitar as teses da acusação que reduziam a dissonância em detrimento das teses da defesa, resultando em um número maior de condenações. Essa ideia torna-se um grande problema até mesmo no ponto de vista moral, tendo como um bom exemplo no cotidiano para trazer essa pauta de forma prática, quando uma pessoa está espectando um telejornal em sua casa, e lá estiver atacando um político que o indivíduo possui grande estima, prova-se a entrada de um conflito entre o conhecimento e opinião, fazendo com que o mesmo imediatamente tende a desligar a televisão, em atenção as crenças que carrega consigo, fugindo das contradições de conhecimento e criando no sujeito um efeito de perseverança (SCHÜNEMANN, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Concomitantemente, esse efeito faz com que o indivíduo se fixa em uma primeira ideia assumida, vez que, o que era uma hipótese torna-se uma quase certeza. Por essa razão, é preciso que o sujeito almeje conhecimento e faça uma busca seletiva de informações, no entanto, essa busca de informações é transformada em pretexto para poder legitimar aquela primeira informação que já assumiu como verdadeira, e nessas circunstâncias para quem vai atuar dentro de um processo judicial na jurisdição penal, consegue na grande maioria das vezes se transformar em uma possível mácula por ser na verdade um instrumento que legitima uma busca de uma ideia preconcebida pelo órgão julgador, ou seja, a atividade defensiva pode se tornar algo meramente circense, sem nenhuma aplicabilidade enfática.

A exemplo, o cidadão que está sendo investigado e um determinado juiz autoriza a quebra de sigilo bancário, sigilo fiscal e/ou sigilo telefônico, sendo esse mesmo magistrado que oficiou esses arbítrios, julgará o réu nessa caracterização que o sujeito foi exposto, não englobando a valorosa proteção da figura do juiz das garantias que atua contra os abusos do Estado.

3. UM ESTUDO DE CASO: A (IM)PARCIALIDADE DE MORO E O PROCESSAMENTO DE LULA

No caso vertente, houve uma grande repercussão de forma negativa, em que o judiciário brasileiro revelou à tona suas deficiências em atuação conjunta com a instituição independente, sendo esta, o Ministério Público Federal. O assunto percorreu de forma midiática por envolver um ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, diante das investigações da operação intitulada “Lava Jato”, iniciada em meados do início do ano de 2014 e perdurando até os dias atuais, composta por diversos procuradores do MPF investigando e denunciando os envolvidos por ligação direta referente ao uso de dinheiro derivado de propina e lavagem de dinheiro.

Pois bem, o ex-presidente Lula foi alvo de condenação no ano de 2016 e consequentemente teve a prisão determinada em abril de 2018, na época pelo então juiz Sérgio Moro, titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, hoje ex-magistrado. Destarte, a prisão de Lula foi contestada por seus advogados através de vários recursos impetrados, no entanto, sem sucesso de provimento.

Para tanto, em busca de fundamentar as acusações contra o réu, o Ministério Público Federal, titular da ação penal, argumentava que Lula cometeu crime ao nomear um determinado diretor para o comando da estatal Petrobras e, em troca da nomeação, segundo o MPF, o acusado receberia uma parte da propina que os diretores corruptos receberiam. Por outro lado, a defesa de Lula ponderava a negativa das acusações e enfatizava que a competência territorial não era da Vara Federal de Curitiba. Destaca-se aqui, a temática alusiva a competência jurisdicional e a forma negativa como os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Procuradores da República procediam com o caso abrangendo um ex-chefe de Estado, sendo a denúncia contra Lula apresentada exclusivamente em primeira mão à imprensa e não obedecendo o rito processual correto, o qual seria a apresentação da denúncia ao Poder Judiciário Federal (G1 PARANÁ, 2016).

Em ato contínuo, com a prisão de Lula no ano de 2018, ano eleitoral e com possibilidades de candidatura do mesmo, os direitos políticos do ex-presidente foram cassados tornando-o inelegível. Passado essa situação eleitoral e com um novo Presidente da República eleito, o então juiz federal Sérgio Moro pede exoneração do cargo de magistrado para assumir o Ministério da Justiça e Segurança Pública do novo governo vindouro. Após todo esse contexto questionável, abriram diversas discussões sobre a imparcialidade de Sérgio Moro diante da condenação de Lula, tendo em vista que supostamente haviam interesses particulares por parte do ex-juiz na sentença do ex-presidente. Com isso, a defesa de Lula incessantemente impetrava *Habeas Corpus,* remédio constitucional para cessar a prisão do mesmo e consequentemente apreciar os vícios cometidos pelo julgador à época, Sérgio Moro, que a defesa alegava na condenação do réu.

Um novo capítulo se abre quando surge novas provas provenientes de ataque "hacker" contra o ex-juiz Sérgio Moro e um Procurador da República e coordenador da operação Lava Jato, Deltan Dallagnol, hoje ex-membro do Ministério Público Federal, exonerado a pedido. Essas provas recém-adquiridas eram consideradas ilegais por serem obtidas em contrariedade as formalidades da legislação jurisdicional brasileira, porém, continha mensagens trocadas entre as duas partes envolvidas e supracitadas, através de aplicativos mensageiros de telefone com um teor de alinhamento jurídico para que a condenação do ex-presidente Lula fosse efetivada com sucesso, havendo instruções com escolhas e determinações por parte do ex-magistrado. Desta forma, inicia-se a comprovação do afastamento da imparcialidade por parte de Sérgio Moro, mesmo que através de evidências ilegais. Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal decide apreciar os pedidos da defesa de Luiz Inácio para reconhecer ou não a suspeição de Moro perante o julgamento objeto de estudo.

Diante dos fatos, cumpre ressaltar que o STF não utilizou das provas indevidas divulgadas por "hackers" para basear sua decisão, mas, julgou pela procedência da suspeição do ex-magistrado Sérgio Moro, havendo outros elementos contundentes para considerar Moro suspeito e parcial. Isto significa que absolutamente nenhum juiz pode ser considerado imparcial quando é averiguado que o mesmo utiliza de meios jurídicos para grampear os advogados do réu e para divulgar conversas telefônicas com um objetivo específico de criar perante a sociedade um ambiente artificial de culpa do sujeito antes mesmo de ser levado a julgamento, sendo essas atitudes supramencionadas tomadas pelo então togado Sérgio Moro (NOTÍCIAS STF, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De sorte que, o *Habeas Corpus* (HC 164493, STF, 2021) foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal havendo um entendimento da Suprema Corte que o ex-magistrado era suspeito para julgar aquela causa e que, portanto, havia um vício processual que resultaria na nulidade daquele processo, sendo que, o novo juiz investido não poderá convalidar os atos anteriores já realizados e que, deste modo, teria que empreender novamente todos os atos processuais, inclusive, decidindo por uma nova sentença que pode vir a ser condenatória ou absolutória. Com o desfecho de todo o caso envolvendo o vício em questão, os processos tornaram-se nulos, calhando na volta dos mesmos para a fase inicial, a fim de que sejam discutidas todas as matérias de defesa, inclusive a falta de jurisdição da Justiça Federal de Curitiba.

Importante enfatizar que a influência máxima no julgamento que resultaria na suspeição de Moro era o vazamento de conversas "hackeadas" entre o ex-juiz federal e os Procuradores da República, que eram os acusadores do ex-presidente Lula no caso em questão. O questionamento seria concernente as provas ilícitas se poderiam ter ou não sua validade reconhecida em razão dos meios utilizados para coletá-las.

Mesmo não sendo utilizada na decisão de suspeição, havia precedente e doutrinas que aduzia no sentido de que provas ilícitas poderiam ser utilizadas no processo penal em benefício do réu para fundamentar o julgamento da matéria da suspeição do ex-juiz Sérgio Moro, muito embora não havia conhecimento da veracidade daquelas provas, as mesmas deveriam passar por um processo de análise e perícia para identificação de adulteração ou de confirmação de fidedignidade em caso de utilidade dos indícios ilegítimos.

Perfaz notar as problematizações que o caso emerge frente ao judiciário brasileiro. É sabido que nenhuma prova da inocência será reconhecida quando não há um juiz imparcial atuando no caso, então, a premissa de legitimidade de qualquer processo é a existência de um magistrado imparcial, rigorosamente, posto que o papel do togado imparcial é apreciar as provas da acusação e as provas da defesa para então, proferir a sua decisão, todavia, no caso em comento da Operação Lava Jato de Curitiba não se encontrava um juiz equidistante e sim um juiz que coordenava a própria acusação.

3.1. As consequências das máculas da parcialidade

Em que pese os vícios processuais terem eivados os processos contra o ex-presidente Lula na sua totalidade, o ponto nodal do problema é como a máquina pública e o erário foram amplamente prejudicados com a movimentação enorme de um grande número de servidores públicos para o cumprimento das diligências processuais, ocasionando monstruosas despesas financeiras em toda estrutura montada a cada passo dado pela Vara Federal de Curitiba. Além do custo financeiro, a insegurança jurídica e democracia foram postas em xeque pela sociedade diante de reiteradas decisões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

controversas que iam de confronto com o ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, contra a Carta Magna de 1988.

A piora do quadro dar-se-á quando é obviedade que todos os custos morais e pecuniários serão de fato absorvidos pela coletividade brasileira, sem exceção, mas com maior prejudicialidade para os mais vulneráveis e acima de tudo para o Estado Democrático de Direito, violando todo seu regramento constitucional. É nessa linha de raciocínio que desenvolve o pensamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, acerca do *Habeas Corpus* impetrado pelo paciente Luiz Inácio para análise da suspeição do juiz Sérgio Moro:

> Contudo, aqui vamos muito além de qualquer limite. Não podemos aceitar que o combate à corrupção se dê sem limites. Não podemos aceitar que ocorra a desvirtuação do próprio Estado de Direito. Não podemos aceitar que uma pena seja imposta pelo Estado de um modo ilegítimo. Não podemos aceitar que o Estado viole as suas próprias regras. (HC 164.493/PR, Ministro(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma do STF)

Ademais, o também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, no mesmo sentido se direciona a lição de:

> Em tal contexto, a exigência de imparcialidade dos magistrados constitui um dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito, verdadeiro predicado de validade dos processos judiciais, estando intimamente vinculada ao princípio do juiz natural. Isto porque de nada adiantaria estabelecer regras prévias e objetivas de investidura e designação de magistrados para a apreciação das distintas lides ou proibir a instituição de juízes ou tribunais *ad hoc*, caso se permitisse ou tolerasse que julgadores fossem contaminados por paixões ou arrebatamentos exógenos aos fatos colocados sob sua jurisdição. (HC 164.493/PR, Ministro(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma do STF)

CONCLUSÃO

Anota-se, por fim, o carecimento da figura do Juiz das Garantias no Processo Penal Brasileiro por muitas décadas de evolução jurídica dentro do padrão democrático que a Constituição Federal de 1988 preconiza. Mesmo de forma tardia, o juiz garantidor fez-se presente perante o judiciário brasileiro com o intuito de extinção do sistema inquisitorial de tempos pretéritos e implementando de vez o sistema acusatório sem os resquícios inquisitoriais ainda presentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Importante consignar que a plenitude do sistema penal acusatório auferira totalidade democrática, quando a suspensão da atuação do juiz das garantias perder efeito para que ponha-se em prática as novas reformulações positivadas no Código de Processo Penal Brasileiro vigente, a fim de evitar aberrações jurídicas que, infelizmente, são comuns diante do procedimento penal que é investido no Brasil e, diante do caso do ex-presidente Lula que nada mais é do que um réu a mais condenado por um magistrado parcial dentre os milhares espalhados pelo país.

Com a adoção imediata da figura igualitária do juiz garantidor, a persecução penal perderá a essência viciosa que aparece diariamente e vigorará os preceitos fundamentais que a Carta Cidadã de 1988 prescreve de um ambiente justo, livre de arbítrio e totalmente democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Grupo Almedina, 2014. Acesso em: 23 set. 2021.

ANDRADE, Flávio da S. **A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <Código de Processo Penal (planalto.gov.br)>. Acesso em 17 set. 2021.

BRASIL. Lei de 29 de dezembro de 1832. **Código do Processo Criminal do Império de 1832**. Legislação Histórica. Disponível em: <Código do Processo Criminal (planalto.gov.br)>. Acesso em: 17 set. 2021.

G1 PR. **Lula era o 'comandante máximo' do esquema da Lava Jato, diz MPF**. Disponível em: <G1 PR | Lula era o 'comandante máximo' do esquema da Lava Jato, diz MPF (g1.globo.com/pr/)>. Acesso em: 15 out. 2021

HASSAN CHOUKR, Fauzi. **Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Acesso em: 17 set. 2021.

JUNIOR, Aury Celso Lima L**. Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Acesso em: 16 set. 2021.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Acesso em: 14 out. 2021.

LEI Nº 11.689, DE 9 DE JUNHO DE 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências**. Brasília, 09 de junho de 2008. Disponível em: <L11689 (planalto.gov.br)> Acesso 22 set. 2021.

LEI Nº 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos**. Brasília, 20 de junho de 2008. Disponível em: <L11719 (planalto.gov.br)> Acesso 22 set. 2021.

LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, 29 de abril de 2021. Disponível em: <L13964 (planalto.gov.br)> Acesso 22 set. 2021.

MENDES, Soraia da R. **Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Acesso em: 19 out. 2021.

NOTÍCIAS STF. **2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Triplex**. Disponível em: <NOTÍCIAS STF | 2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Triplex (portal.stf.jus.br)>. Acesso em: 29 out. 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Acesso em: 23 set. 2021.

OPINIÃO CONJUR. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Disponível em: <ConJur – Jr., Aury Lopes: Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz >. Acesso em: 10 nov. 2021.

OPINIÃO CONJUR. **Incompetência, parcialidade, suspeição: quem paga essa conta?**. Disponível em: <ConJur – Fernandes Maíra: Incompetência, parcialidade, suspeição: quem paga essa conta? >. Acesso em: 19 out. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Acesso em: 08 out. 2021.

Ribeiro, Ludmila Mendonça Lopes, Machado, Igor Suzano e Silva, Klarissa Almeida. **A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado**. Revista Direito GV [online], vol. 8, n. 2, p. 677-702, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000200012>. Acesso em: 17 set. 2021.

SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Acesso em: 28 set. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental** (Tradução por José Danilo Tavares Lobato). Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/453/7330>. Acesso em: 21 set. 2021

SOUZA, Artur César D. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo. Grupo Almedina, 2018. Acesso em: 14 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n° 164.493/PR**. Disponível em: <Pesquisa de jurisprudência - STF>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 82.507/SE**. Disponível em: <Pesquisa de jurisprudência - STF>. Acesso em: 17 set. 2021.

EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO PROGRAMA JUSTIÇA ITINERANTE: UMA EXPERIÊNCIA A PARTIR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ESTADO DO PIAUÍ

VALTER CAETANO DA SILVA: bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

JOÃO SANTOS COSTA [10]

(orientador)

RESUMO: O artigo faz uma análise sobre a eficiência na prestação jurisdicional do Programa Justiça Itinerante a partir da experiência do TJPI, referente ao ano de 2019. Trata-se de um levantamento bibliográfico de natureza qualitativa. É possível observar a relevância dos serviços prestados pela Justiça Itinerante, permitindo aproximar a justiça ao cidadão, com ações que favorecem o usufruto de direitos e a resolução de conflitos, o que minimiza a exclusão social e favorece ao exercício da cidadania. O direito fundamental assiste ao cidadão a praticidade de acesso aos serviços necessários para a convivência social, não aceitando qualquer tipo de entrave que venha dificultar essa garantia constitucional. A Justiça Itinerante promove o trabalho de inclusão social, prestando serviços de natureza jurisdicional de maneira descentralizada, visando ao julgamento de ações em fase pré-processual, em que haja consenso entre partes. Nestes termos, espera-se que o presente trabalho possa contribuir para demonstrar que o acesso à Justiça é uma forma de exercício da cidadania. Porém, necessita-se de estudos mais aprofundados que melhor avaliem as respostas que satisfaçam o entendimento da prestação jurisdicional, avaliando os prazos de tramitação para processos idênticos a partir da justiça comum.

Palavras-chave: Poder Judiciário, Acesso à Justiça, Morosidade, Justiça Itinerante.

ABSTRACT: The article analyzes the efficiency of the jurisdictional installment of the Itinerant Justice Program based on the experience of the TJPI, referring to the year 2019. It is a bibliographical survey of a qualitative nature. It is possible to observe the relevance of the services provided by the Itinerant Justice, allowing justice to be brought closer to the citizen, with actions that favor the enjoyment of rights and the resolution of conflicts, which minimizes social exclusion and favors the exercise of citizenship. The fundamental right provides the citizen with the practicality of accessing the services necessary for social coexistence, not accepting any type of obstacle that may hinder this constitutional guarantee. The Itinerant Justice promotes the work of social inclusion, providing services

10 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifica Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

of a jurisdictional nature in a decentralized manner, aiming at the judgment of actions in a pre-procedural phase, in which there is consensus between the parties. In these terms, it is expected that this work can contribute to demonstrate that access to justice is a form of exercising citizenship. However, more in-depth studies are needed to better assess the responses that meet the understanding of the jurisdictional provision, evaluating the processing deadlines for identical cases from the common justice.

Keywords: Judiciary Power, Access to Justice, Delay, Itinerant Justice.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DEMOCRATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS AO ALCANCE DA SOCIEDADE; 3. ENTRAVES DA CELERIDADE PROCESSUAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: INSTRUMENTOS QUE VIABILIZAM O COMBATE A MOROSIDADE PROCESSUAL; 4. BOAS PRÁTICAS DA JUSTIÇA ITINERANTE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca compreender a contribuição da Justiça Itinerante para o Estado do Piauí na promoção do efetivo acesso à justiça e da construção da cidadania, junto aos indivíduos que buscam atendimentos especializados, em meio aos trabalhos de natureza judicial inerentes às entidades do poder judiciário. Assim, os dados pesquisados servem de alicerce para a investigação dos serviços prestado no ano de 2019, considerando que os resultados obtidos em 2020 e 2021, comprometem o levantamento de informações por se considerar um período atípico causado pela pandemia do Covid/19.

Em uma visão clara e objetiva acerca da constituição de direitos e deveres, é de que o Programa Justiça Itinerante, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Piauí, contribui para aproximar a justiça do cidadão com a oferta de serviços e o desenvolvimento de ações que favorecem o usufruto de direitos e a resolução de conflitos, o que minimiza a exclusão social e favorece ao exercício da cidadania. Ocorre que como previsto constitucionalmente, o exercício da cidadania por meio do acesso à justiça se torna uma das principais problemáticas a ser enfrentada, pois a demora na prestação jurisdicional são problemas amplamente conhecidos que não colaboram para a solução de conflitos sociais. O problema da morosidade da justiça deve ser enfrentado sob vários aspectos, dentre eles, destacam-se as ações realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí - TJPI, através do Programa Justiça Itinerante que tem alcançado resultados positivos.

A Justiça Itinerante foi instituída no âmbito da Justiça Estadual, a partir do artigo 125, § 7º, da Constituição Federal (BRASIL, 2017), e regulamentada no estado do Piauí através da Lei Ordinária nº 5.711 de 18 de dezembro de 2007 (PIAUI, 2007). Desta forma, passou a ser executado no estado, pelo respectivo Tribunal de Justiça, sendo que os serviços prestados pelo programa são diversos, porém, é importante salientar que as

demandas do programa têm competência processual de caráter consensual, e o cidadão ou cidadã que procuram esses atendimentos, antes de tudo precisam ser informados que os serviços solicitados devem ter a chancela estatal somente para dar efetividade aos interesses particulares.

O Programa Justiça Itinerante promove a inclusão social às comunidades hipossuficientes, prestando atividade jurisdicional de maneira descentralizada e visando ao julgamento de ações em fase pré-processual, em que haja consenso entre partes. São ofertados serviços como casamento civil, divórcio consensual, retificação de registro civil de nascimento, casamento e óbito; divórcio consensual, homologação de acordo de pensão alimentícia, restauração de assento de nascimento, reconhecimento e dissolução de união estável, suprimento/justificação de óbito, além de outras de natureza consensual.

Pela rapidez dos resultados, esse tipo de atendimento logo se popularizou, sendo incorporados outros serviços de natureza não jurisdicional, a exemplo da emissão de documentos de identidade e carteira nacional de habilitação, firmada em parceria com o Tribunal de Justiça e o Governo do Estado do Piauí através da Secretaria de Segurança Pública do Piauí, Instituto de Identificação e o Departamento Estadual de Trânsito. Além das ações extra judiciais, também são promovidos serviços de outras parcerias, tais como Carteira de Trabalho, orientações sobre benefícios do INSS, realização de exame gratuito de DNA (através do Projeto Eu Tenho Pai), dentre outros disponibilizados pelos demais parceiros.

O intuito dessa pesquisa, visa compreender a influência dos serviços prestados pelo Programa Justiça Itinerante no ano de 2019, no estado do Piauí, como forma de aproximar seus jurisdicionados, levando cidadania a população mais desassistida de nosso Estado, proporcionando uma convivência social harmônica, justa e fraterna.

2 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DEMOCRATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS AO ALCANCE DA SOCIEDADE

Conforme a Constituição Federal de 1988, ao dispor a partir do artigo 125, § 7º, a criação da Justiça Itinerante no Brasil foi instituída no âmbito da Justiça Estadual dos respectivos estados da federação, ficando sua operacionalização sob responsabilidade dos tribunais de justiça (BRASIL, 2017). No estado do Piauí, a Lei Ordinária nº 5.711, de 18 de dezembro de 2007, foi promulgada para regulamentar o Programa Justiça Itinerante (PIAUI, 2007), mas seu funcionamento teve início em 04 de dezembro de 2003, na comunidade Poti Velho, zona norte de Teresina, sob o comando do coordenador desembargador Edvaldo Moura.

Como forma de facilitar mais ainda o atendimento, em função do momento em que o estado enfrenta grandes dificuldades decorrentes da pandemia do Covid-19, precisando limitar a circulação de pessoas, o Tribunal de Justiça publicou em 23 de fevereiro de 2021

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o Provimento Conjunto Nº 33/2021, que procura disciplinar a utilização do Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe no âmbito da Justiça Itinerante (PIAUI, 2021). Desta forma, os processos julgados ou não no ato do atendimento pela Justiça Itinerante serão distribuídos eletronicamente as varas ou juizados que tem competência para o feito.

No estudo de Marques e Rebouças (2017), faz-se uma avaliação dos impactos da Lei nº 12.726, de outubro de 2012, que ampliou os espaços de atuação da Justiça Itinerante no Brasil, considerando principalmente os aspectos geográficos, pois o Brasil é um país continental que por suas próprias características aflora a dificuldade de acesso à justiça, desta forma, a inovação trazida determina a instalação de juizados especiais itinerantes, com vistas a resolver conflitos dando prioridade aos que ocorrem em áreas rurais ou nos locais de menor concentração populacional. O acesso à justiça como direito fundamental, não se esgota pelo simples fato de alcançar o atendimento jurisdicional, é preciso um final justo em um tempo razoável, e que a partir desse resultado possa se conquistar outros direitos (JUNIOR; CANDELORO; MARTINS, 2020). Os dados pesquisados, mostram como o poder público promove o enfrentamento pelas garantias dos direitos fundamentais, procurando sempre ampliar a prestação jurisdicional eficiente, mesmo considerando as dificuldades encontradas.

As incompatibilidades existentes para se chegar a um resultado com qualidade são amplos, mas muitos desafios serão superados com o avanço da tecnologia no que diz respeito a morosidade processual, que permite diminuir o tempo de tramitação dos processos nas varas cíveis, a exemplo do Processo Judicial Eletrônico.

A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2010), possibilitou essa nova modalidade de acesso à justiça de forma mais prático, ao incentivar a pacificação social por meio da conciliação e da mediação de conflitos com a participação da sociedade e o comprometimento do poder judiciário, além de estabelecer novos parâmetros para a solução de conflitos dentro dos procedimentos admitidos pelo Poder Judiciário. Tratar dos meios adequados de solução de controvérsias é também discutir o constitucional direito do acesso à justiça e da duração razoável do processo (MARTINS, 2020).

Neste contexto a mediação, a conciliação e a arbitragem são sistemas que podem ser tratados como meios eficazes e definitivos de satisfação jurisdicional e consequentemente são novas vias de acesso à justiça colocadas à disposição da sociedade. Somando-se a isso a Constituição Federal, deu outra importante contribuição para efetivar os direitos fundamentais de acesso à justiça, quando previu em seu artigo 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, extraído a partir do estudo realizado por Carvalho (2017), que defende que a arbitragem é uma escolha das partes facultado em lei, e que essa opção não ofende a esse princípio, pois o mesmo aborda a pacificação social, obrigando ao estado o atendimento satisfatório da demanda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Essa abordagem procura justificar que mesmo com as dificuldades do sistema judiciário, vários foram os procedimentos adotados ao longo do tempo que trouxeram facilidades aos cidadãos, melhorando assim os resultados. Essa condução normativa e os meios que a sociedade utiliza para chegar ao final do processo, podendo demorar anos para a manifestação final, muitas vezes é justificada pela falta de aparelhamento estatal. Mas isso vem sofrendo modificações, pois foi inserido na última Constituição Federal uma série de mecanismos que democratiza o alcance da sociedade a uma prestação jurisdicional de forma justa e em tempo razoável. Por outro lado, a legislação infraconstitucional contribui para regulamentação destes serviços nos estados da federação com a operacionalização dos respectivos Tribunais de Justiça.

O estudo de Oliveira (2018), destaca que a democratização desses serviços está ao alcance da sociedade e aos poucos vem sendo ampliado pelos próprios tribunais, que em cada avanço percebe a necessidade em melhorar a estrutura oferecida, a exemplo do próprio provimento nº 33/2021 do TJPI, que torna obrigatório a utilização do Sistema Processo Judicial Eletrônico, na distribuição e tramitação dos feitos perante a Justiça Itinerante, que embora o cidadão ainda possa encontrar dificuldades de acesso, os serviços na modalidade online foram facilitados (PIAUÍ, 2021).

O acesso à justiça como garantia de direito individual, também está prevista no Código de Processo Civil, artigo 98, onde o cidadão com insuficiência de recursos pode solicitar os benefícios da justiça gratuita, apresentando uma petição simples, informando que não dispõe de condições financeiras para arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios.

> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei (BRASIL, 2015).

As pessoas físicas e jurídicas que comprovarem não possuir recursos para arcar com essas despesas no qual é parte, independente se está no polo ativo ou passivo, faz jus a justiça gratuita. Essa democratização jurisdicional, teve a importante base principiológica em diversos dispositivos da Lei 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, mas que trouxe em seu texto legal a necessidade dos operadores do direito a estimulação de tal preceito legal:

> Art. 3, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

A partir das garantias constitucionais previstas, conforme artigo 125, § 7º, da Constituição Federal (BRASIL, 2017), a Justiça Itinerante busca atender nos lugares mais remotos, se notabilizando como meio eficaz de promoção do acesso à justiça, mesmo considerando as dificuldades em que o país vem sofrendo nos seguimentos sociais e democráticos. Quando tratamos a respeito dos mecanismos de acesso à justiça como meio facilitador ao alcance da sociedade, torna-se imprescindível citar a mediação como modelo consensual que procura solucionar os conflitos com a intervenção de um terceiro que atua de forma imparcial, e através do diálogo busca a resolução do problema, finalizando a questão.

3 ENTRAVES DA CELERIDADE PROCESSUAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: INSTRUMENTOS QUE VIABILIZAM O COMBATE A MOROSIDADE PROCESSUAL

São várias circunstâncias que dificultam o funcionamento do aparelhamento judicial, isso nos remetem aos obstáculos que impedem ao estado de disponibilizar uma justiça eficaz ao alcance de todos que dela precise. Torna-se fácil verificar que isso ocorre em função de vários fatores, principalmente quando se trata das classes sociais mais pobres que não dispõem de recursos para custear altos honorários advocatícios, além das dificuldades para acessar os serviços oferecidos pelas defensorias públicas, pelos baixos números de profissionais disponíveis.

Dentre outras dificuldades que podem ser encontradas, está o custeio da prestação jurisdicional, comarcas abarrotadas de processos, funcionários especializados insuficientes, a ausência de promotores e juízes que não atendem as cidades mais afastadas dos grandes centros e os entraves mais pontual que é a morosidade das decisões judiciais e a falta de conhecimento de parte dos cidadãos que não conhecem de fato seus direitos.

A respeito desse importante tema, que trata dos entraves da celeridade processual no sistema jurídico brasileiro, a morosidade foi pautada pela grande maioria dos cidadãos que reclamaram junto a ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de acordo com relatório realizado em 2014.

> A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Segundo o mais recente relatório do órgão que atua como canal de comunicação entre o Conselho e a população, dos 5.070 atendimentos realizados pela Ouvidoria, 2.306 foram relacionados à demora no julgamento de ações judiciais e 98% desse total foram reclamações (MONTENEGRO, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo o relatório promovido pelo CNJ em 2014, aponta que as reclamações recebidas são de imediato encaminhadas às ouvidorias nos estados postulantes do processo original, que têm a obrigação de solucionar as demandas e encaminhar as respostas ao respectivo Conselho, como ao titular da reclamação.

Para se alcançar a justiça em estágio aceitável, ainda existem vários desafios a serem enfrentados. É notável que os avanços das tecnologias têm contribuído significativamente para agilizar os processos e num futuro próximo melhorar essa visão negativa que vários setores da sociedade possuem a respeito da morosidade processual. A Justiça Itinerante tem objetivo central de aproximar o estado do cidadão, de forma mais rápida, criando um sistema moderno, social e democrático, superando assim esse conceito de morosidade (PERPETUO et al., 2018).

Nessa perspectiva, o sistema jurídico brasileiro passou por um conjunto de mudanças e precisou evoluir, buscando novas formas e meios jurídicos, aprimorando novas técnicas. A exemplo da Lei nº 12.527/2011, que dispõe sobre o acesso à informação, tornando obrigatório a divulgação de informações de interesse público, exceto as de caráter sigiloso, garantindo o controle social previsto na nossa carta magna (BRASIL, 2011).

A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, possibilitou essa nova modalidade de acesso à justiça de forma mais objetiva, ao incentivar a pacificação social por meio da conciliação e da mediação de conflitos com a participação da sociedade e o comprometimento do poder judiciário (BRASIL, 2010). Neste mesmo sentido, o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, inovou quando trouxe em seu artigo 3º, § 3º, um rol das normas fundamentais dando ênfase a autocomposição e, a Lei nº 13.140/2015 que trata da mediação, refletindo uma nova ordem processual, na qual os meios consensuais devem ser amplamente usados e até obrigatórios na sistemática do processo, alterando a maneira convencional de se chegar à conclusão satisfatória de uma demanda.

O processo nasce a partir do conflito, criado por um ponto de vista diferente entre mais de uma pessoa, sobre algum ponto discordante em uma relação jurídica sem que haja entendimento. Cardoso (2020), procura evidenciar o instituto da mediação como um mecanismo de efetividade na solução dos conflitos de família como um instrumento que viabiliza o combate a morosidade processual, garantido a tranquilidade no ambiente familiar. Partindo desse princípio, a efetividade é a premissa necessária para tentar resolver os conflitos familiares, permitindo que o processo possa cumprir sua função social, atingindo a passividade do dever normativo e possibilitando sempre a resolução através do diálogo.

Desta forma, a Justiça Itinerante que nasceu a partir deste caráter constitucional e necessitando ser regulamentado no seu respectivo estado de funcionamento, trouxe em

seu nascedouro a competência para apreciar e julgar todas as ações dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, além de Registros Públicos e as das Varas de Família, que possam ser solucionadas consensualmente, em jornadas fora dos fóruns originais.

Outro aspecto a ser observado nessa luta por uma justiça eficiente, é a inovação, a ser praticado nas comarcas, por seus profissionais como ação de impulsionamento da celeridade processual, esse mecanismo vem acalentar as dificuldades internas encontradas para esse enfrentamento, aperfeiçoando e agregando valor ao resultado final do processo e a própria aceitação dessa nova prática, colaborando com o sistema judiciário contra esses problemas, conceituado como uns dos mais graves que é a morosidade na prestação jurisdicional (PERPETUO et al., 2018).

4 BOAS PRÁTICAS DA JUSTIÇA ITINERANTE

Aproximar a Justiça do cidadão, implementando ações que visem o pleno exercício da cidadania, garantindo à população carente o acesso não só a uma Justiça rápida, mas uma Justiça eficaz, democrática e sobretudo participativa, solucionando o problema e restabelecendo o convívio social entre as partes, em todos os municípios do Estado que não sejam sede de Comarca Povoados e Bairros periféricos das grandes Cidades do Estado do Piauí.

Todos os serviços oferecidos pelo Projeto Justiça Itinerante têm relação direta com a cidadania e a inclusão social e gratuita, realizando um confronto direto com a morosidade destes mesmos serviços quando oferecidos pela justiça comum. Dentre os serviços ofertados incluem a realização de Casamento Civil; Suprimento/Justificação de Registro Civil de Nascimento; Retificação de Registro Civil de Nascimento, Casamento e Óbito; Suprimento/Justificação de Óbito; Divórcio Consensual; Reconhecimento de Paternidade; Homologação de acordo de pensão alimentícia; Reconhecimento de união estável; Dissolução de união estável, entre outros, alcançando a plena satisfação do usuário.

Em 2019, os atendimentos realizados pelo Programa Justiça Itinerante no Piauí, ultrapassaram os 31 mil atendimentos, contemplando mais de 3 mil ações judiciais, apresentando a resolução em até uma semana após a solicitação do requerente, caso não haja pendências, de ações que normalmente demorariam cerca de até dois anos para serem resolvidas, atuando no julgamento de ações em fase pré-processual, em que haja consenso entre partes, além de oferecer vários serviços de cidadania de forma rápida e eficaz (PIAUÍ, 2020).

O Programa Justiça Itinerante, presta atividade jurisdicional de maneira descentralizada, realizando atendimentos ao jurisdicionado hipossuficiente acerca de ações de Vara de Família que possam ser solucionadas de forma amigável, e outros serviços de natureza não jurisdicional, oferecidos pelos diversos parceiros do programa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tabela 1 – Levantamento quantitativo dos atendimentos realizados pela Justiça Itinerante no estado do Piauí durante o ano de 2019.

PROCEDIMENTOS	2019.1	2019.2 (CEAPI – 09/2019)	SOMATÓRIO
AÇÕES AJUIZADAS	1.565	801	2.366
ORIENTAÇÕES JURÍDICAS	5.060	2.634	7.694
CASAMENTOS	461	109	570
CARTEIRAS DE IDENTIDADE	1.199	541	1.740
ATENDIMENTO PELO INSS	759	768	1.527
ATENDIMENTO PELO SEBRAE	764	-	764
CRAS	297	286	583
ALISTAMENTO MILITAR	124	180	304
SEGUNDAS VIAS DE REGISTRO CIVIL	466	115	581
SASC (OFICINA DA BELEZA)	-	32	32
RESULTADOS DE DNA	13	96 (Projeto EU TENHO PAI)	109
EXAME DE DNA	60	48	108
ATENDIMENTO MP	367	159	526

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

OUTROS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS	44	02	46
TRE	-	158	158

Fonte: Portal do Foro Extrajudicial (PIAUÍ, 2021).

A tabela acima refere-se aos atendimentos realizados pelo programa Justiça Itinerante no Estado do Piauí, no ano de 2019. Através desse levantamento, é possível observar a relevância dos serviços prestados pelo programa, logo, sua eficiência pode ser comprovada pela grande demanda de pessoas que buscam resolver seus problemas e, desta maneira, o programa permite aproximar a justiça ao cidadão, com ações que favorecem o usufruto de direitos e a resolução de conflitos, o que minimiza a exclusão social e contribui com o exercício da cidadania.

Por outro lado, observa-se o contraste com a realidade, quando se trata do caminho normal percorrido pelo cidadão que necessita destes mesmos serviços, prestados pelos meios usuais disponíveis pela justiça com o desfecho final quase sempre ultrapassando dois anos, isto considerando o processo de rito sumário. Já nos processos de rito ordinário, não há previsão para a sentença final. Ocorre que como previsto constitucionalmente, o exercício da cidadania por meio do acesso à justiça se torna uma das principais problemáticas a ser enfrentada, pois a demora na prestação jurisdicional são problemas amplamente conhecidos que não colaboram para a solução de conflitos sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se com esse estudo que o trabalho da Justiça Itinerante no Estado do Piauí, tem contribuído de fato para aproximar o cidadão à justiça, implementando ações que visem o pleno exercício da cidadania, o que justifica a enorme busca pelos serviços oferecidos. Ademais, os resultados são amplamente conhecidos, mas ainda são vários os entraves que dificultam essa celeridade processual, a exemplo do custeio da prestação jurisdicional, comarcas abarrotadas de processos, funcionários especializados insuficientes, a ausência de promotores e juízes que não atendem as cidades mais afastadas dos grandes centros e, os entraves mais pontual que é a morosidade das decisões judiciais e a falta de conhecimento de parte dos cidadãos que não conhecem de fato seus direitos. Portanto, torna-se necessário mais estudos que melhor avaliem as respostas que satisfaçam o entendimento da prestação jurisdicional, avaliando os prazos de tramitação para processos idênticos a partir da justiça comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em: 08 jul. 2021.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011**. Regula o acesso a informações. Brasília – DF: Presidência da República. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília – DF: Presidência da República. 2015. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174276278/lei-13105- 15. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de Junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília–DF: Presidência da República. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 24 set. 2015.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal: Secretaria de Editoração e Publicações - SEGRAF. Brasília – DF. 2017.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Mediação nos conflitos de família: um instrumento prático de solidariedade. 2020. Disponível em: https://bdigital.ufp.pt/handle/10284/8515. Acesso em: 20 set. 2021.

CARVALHO, Murilo Alves de. **Elementos de gestão aplicáveis ao processo judicial federal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho. São Paulo. 2017.

JUNIOR, Luiz Claudio Gonçalves; CANDELORO, Sergio Gabriel Farina Ramos; MARTINS, Amanda Pereira. O acesso à justiça como direito fundamental e os principais desafios na sociedade contemporânea. **Direitos Humanos e Fundamentais em Debate**. P. 48-54. 2020. Disponível em: http://editora.unifoa.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/vsimposio-em-direito-artigos-completos-ebook.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

MARQUES, Veronica Teixeira; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Juizados especiais itinerantes e acesso à justiça: contribuições de uma análise legal e empírica para a compreensão da justiça itinerante no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 495-

513, set./dez., 2017. ISSN 2238-0604. DOI: https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1449.

MARTINS, José Celso. O acesso à justiça como direito fundamental. **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, v. 15, n. 15. 2020.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Morosidade na Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ. **Agência CNJ de Notícias**. 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pelaouvidoria-do-cnj/. Acesso em: 20 set. 2021.

OLIVEIRA, Diego de. Democratização do direito de acesso à justiça: Justiça Itinerante. Brasília - DF, 2018.

PERPETUO, Rafael Silva et al. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo**, v. 24, n. 2, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

PIAUÍ. **Lei Ordinária nº 5.711, de 18 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre a Justiça Itinerante Estadual e dá outras providências. Teresina - Piauí. 2007. Disponível em: http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/13331. Acesso em: 11 set. 2021.

_____. **Corregedoria Geral da Justiça**. 21 jan. 2020. Piauí: Poder Judiciário do Estado do Piauí, [2020]. Disponível em: https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/destaques/com-mais-de-31-mil-atendimentos-em-2019-justica-itinerante-realiza-primeira-jornada-de-2020-ate-sexta-24/. Acesso em: 08 out. 2021.

____. **Provimento Conjunto Nº 33/2021 - PJPI/TJPI/SECPRE**. Disciplina a utilização do Sistema PJE - Processo Judicial Eletrônico no âmbito da Justiça Itinerante. Teresina - Piauí. 2021. Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/wpcontent/uploads/2021/02/Provimento-Conjunto-33-2021.pdf. Acesso em: 11 set. 2021.

_____. **Portal do Foro Extrajudicial**. Justiça Itinerante - Números - 22 out. 2021. Piauí: Poder Judiciário do Estado do Piauí, [2021]. Disponível em: tjpi.jus.br/portaltjpi/vice-corregedoria/justicaitinerante/numeros. Acesso em: 20 out. 2021.

www.conteudojuridico.com.br

A ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM RAZÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

VINICIUS OLIVEIRA VIANA: Graduando no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RESUMO: A arbitragem tem sua utilização voltada para a solução de conflitos com relação a direitos patrimoniais disponíveis. A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, passa-se a exigir comum acordo para ajuizar dissídio coletivo, demonstrando estimular a negociação antes de recorrer ao judiciário. A aplicação da arbitragem é facultada as partes, o que se delibera durante a negociação coletiva, ao se convencionar o uso da via arbitral pelos sindicados envolvidos no conflito. Desse modo, o tema do presente estudo é a arbitragem na solução de conflitos em razão de dissídios individuais trabalhistas. Sabemos que, como método extrajudicial privado, a arbitragem é regida por árbitros selecionados pelas partes. Os árbitros decidirão as disputas de acordo com os procedimentos acordados, mas sempre seguem os princípios constitucionais básicos e estão se tornando cada vez mais populares internacional e nacionalmente. Porém, ainda existe muita resistência no Brasil porque nossa cultura ainda superestima o judiciário. Para tanto, os conceitos básicos de arbitragem e direito do trabalho são primeiramente esclarecidos para esclarecer as controvérsias deste objeto de pesquisa. Os princípios básicos da legislação trabalhista visam proteger os empregados dos empregadores, que os consideram inadequados. Diante disso, alguns autores acreditam que nem todos os direitos trabalhistas estão disponíveis. No entanto, muitos outros acreditam que certos direitos estão relativamente indisponíveis e, portanto, podem ser negociados. Tem-se por objetivo conceituar o instituto da arbitragem e da possibilidade de seu uso no âmbito do Direito do Trabalho. A metodologia do presente estudo se traduz numa pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, onde se procurou colacionar importantes considerações sobre o tema escolhido.

Palavras-chave: Arbitragem; Direito Trabalhista; Conflitos.

ABSTRACT: Arbitration is used to resolve conflicts regarding available property rights. From the Constitutional Amendment n. 45/2004, it starts to demand a common agreement to file collective bargaining, demonstrating to stimulate negotiation before resorting to the judiciary. The application of arbitration is allowed to the parties, which is decided during the collective bargaining, when the use of arbitration is agreed upon by the unions involved in the conflict. Thus, the theme of this study is arbitration in the resolution of conflicts due to individual labor disputes. We know that, as a private extrajudicial method, arbitration is governed by arbitrators selected by the parties. Arbitrators will decide disputes according to agreed procedures, but they always follow basic constitutional principles and are becoming increasingly popular internationally and nationally. However, there is still a lot of

resistance in Brazil because our culture still overestimates the judiciary. Therefore, the basic concepts of arbitration and labor law are first clarified to clarify the controversies of this research object. The basic principles of labor legislation aim to protect employees from employers who consider them inadequate. Given this, some authors believe that not all labor rights are available. However, many others believe that certain rights are relatively unavailable and therefore negotiable. Its objective is to conceptualize the institute of arbitration and the possibility of its use in the scope of Labor Law. The methodology of this study is translated into a bibliographical research, of a qualitative nature, which sought to collate important considerations on the chosen topic.

Keywords: Arbitration; Labor Law; Conflicts.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO DO TRABALHO: UM PERCURSO HISTÓRICO. 2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO. 3. ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO. 4. ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS E A (IN) DISPONIBILIDADE. 4.1. POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Sabe se que a arbitragem como método extrajudicial privado, governado por árbitros escolhidos pelas partes, que decidirão a disputa de acordo com os procedimentos acordados, mas sempre seguindo os princípios constitucionais fundamentais, vem ganhando força internacional e nacionalmente. No entanto, no Brasil ainda há muita resistência, porque nossa cultura ainda superestima o Judiciário. Em vista disso, o presente trabalho analisa a possibilidade de aplicar a arbitragem como um método extrajudicial e privado para resolver conflitos em conflitos trabalhistas individuais. Desse modo, o tema do presente estudo é a arbitragem no Direito do Trabalho.

Para isso, primeiro, foram esclarecidos os conceitos básicos de arbitragem e direito do trabalho, a fim de elucidar onde reside a controvérsia, objeto deste estudo. O direito do trabalho possui princípios fundamentais que visam proteger o empregado de seu empregador, por considerá-lo insuficiente. Em vista disso, alguns autores consideram que nem todos os direitos trabalhistas estão disponíveis. No entanto, muitos outros acreditam que alguns direitos estão relativamente indisponíveis e, portanto, poderiam ser trocados.

Essa discussão, que não é unânime na doutrina, é um obstáculo à aplicabilidade da arbitragem no direito do trabalho, uma vez que esse instituto é aplicável apenas a disputas relacionadas aos direitos disponíveis. Portanto, é necessário analisar a natureza do direito a ser discutido pelas partes, a fim de estabelecer qual método é possível para resolver o conflito. Além disso, é essencial prestar atenção ao momento da relação contratual, se houver uma verdadeira submissão entre o empregado e o empregador, e se não houver interesse em fraudar as regras públicas. Portanto, o objetivo deste documento é apresentar

os argumentos que apoiam o uso da arbitragem na legislação trabalhista individual, devido à necessidade das sociedades modernas de encontrar métodos alternativos de resolução de conflitos mais ágeis e eficazes.

O presente estudo tem o objetivo geral de conceituar o instituto da arbitragem e da possibilidade de seu uso no âmbito do Direito do Trabalho. Para tanto se pretende alcançar os objetivos específicos de demonstrar arbitragem como meio de solução de conflitos, verificar a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas e explicar posicionamentos contrários.

Este trabalho é uma pesquisa de revisão bibliográfica, o método consiste em analisar criticamente e de forma detalhada publicações sobre um determinado tema. A análise permite explicar e discutir o tema partindo de referências publicadas em trabalhos acadêmicos como artigos, livros, dissertações, teses, dentre outros. Os artigos e periódicos disponíveis em base de dados são fontes amplamente utilizadas e que permitem aprofundar ainda mais o estudo (MARTINS; PINTO, 2001).

Marconi e Lakatos (2017) afirmam que essa metodologia coloca os pesquisadores em contato direto com as publicações acerca do tema. O objetivo dessa metodologia não é replicar o que já foi escrito anteriormente e sim, apresentar outra visão crítica sobre o assunto, introduzindo uma nova abordagem e outro enfoque ao tema, enriquecendo a bibliografia sobre o tema.

A revisão bibliográfica utilizada para a realização deste trabalho tem um caráter exploratório e qualitativo. Segundo Gil (2008) as pesquisas exploratórias têm como finalidade permitir a familiarização com um determinado assunto, permitindo que o pesquisador conheça mais sobre o tema após o término das pesquisas. As pesquisas bibliográficas são um exemplo claro disso, os pesquisadores precisam buscar conhecimento sobre o assunto para que tenham conhecimento específico para formular hipóteses e opinar sobre o tema no qual está estudando.

A arbitragem é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter a decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros.

No Brasil, a arbitragem passou a ser regulamentada através da lei 9.307/1996, contudo, antes mesmo da referida lei ser promulgada, já era possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro, disposições expressas acerca do instituto arbitral.

Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tenha condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

procedimento a ser seguido, fica claro que atos poderão ser simplificados em cada caso para evitar demora inútil.

Pode-se considerar que não é inteiramente impossível aplicar o instituto arbitral aos conflitos individuais do trabalho. , Quanto à cláusula arbitral, esta ficaria restrita às questões resolúveis por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, tendo em vista a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador, desde que observadas algumas peculiaridades, como os direitos disponíveis, visto ser estes decorrentes de normas de ordem pública relativa, permitindo flexibilidade constitucionalmente prevista, bem como, de normas dispositivas que decorrem da autonomia privada individual.

Em relação ao contrato de arbitragem, após o término do vínculo empregatício, não haverá obstáculos, pois os funcionários podem expressar livremente seus desejos nessas circunstâncias. Portanto, é viável considerar outra maneira de resolver conflitos, porque são ferramentas para pacificação social, ressalvados os direitos trabalhistas indisponíveis, bem como o respeito aos princípios nucleares do Direito Individual do Trabalho.

1. O DIREITO DO TRABALHO: UM PERCURSO HISTÓRICO

À luz dos pressupostos liberais está a liberdade individual, conforme concebida pelo liberalismo clássico. Hayek explica que: "a liberdade individual pressupõe que cada indivíduo tenha assegurada uma esfera privada, que exista certo conjunto de circunstâncias no qual outros não possam interferir" (HAYEK, *apud* AZEVEDO, 2004, p. 11).

A partir desses ideais liberais criam-se duas classes sociais com interesses distintos, a classe do proletariado e a capitalista. Nesse contexto de trabalho a classe que compôs o proletariado não possuía direitos trabalhistas, pois produzia durante 18 horas diárias, com salários negociáveis a partir da lei da oferta e da procura, em instalações sem condições de higiene e segurança, à mercê de acidentes de trabalho. O mais emblemático ainda foi o fato do Estado não amparar esses trabalhadores nessa situação de descaso por parte do seu empregador e, também, de não existirem Leis trabalhistas que os auxiliassem a lutar por seus direitos.

Esse fato é contraditório, pois através do registro em textos antigos é perceptível que na antiguidade existia o respeito aos direitos do trabalho, conforme observamos na Bíblia, no Livro de Jeremias, capítulo 22, versículo 13: "ai daquele que edifica a sua casa com injustiça e os seus aposentos sem direito, que se serve do serviço do seu próximo sem remunerá-lo e não lhe dá o salário do seu trabalho". Assim, no texto bíblico encontram-se as primeiras normas sobre o direito de proteção salarial.

No Brasil, somente na década de 1930, inicia-se uma fase propícia ao trabalhador, com o então presidente Vargas aprovando uma legislação social do trabalho, além de criar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (BIGNAMI, 2007). Vargas, por meio do Decreto nº 5.452/1943 aprova a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

O regime de estabilidade no emprego instituído na norma constitucional da carta magna de 1937 (art. 137, letra j) na CLT (capítulo VII - Título IV), passa a ser opção pelo trabalhador a partir da edição da Lei nº 5.107/1966 que cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Esta simultaneidade perdurou até a promulgação da Constituição de 1988, a qual extinguiu o regime de estabilidade temporal, preservou os direitos adquiridos, estabelecendo o sistema do Fundo de Garantia. No que concerne ao termo de rescisão do contrato de trabalho, conforme garante a CLT, art. 477, §1º:

> É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. (Redação dada pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970).
>
> § 1º - O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970) (BRASIL, 1970).

No decorrer da historicidade da origem do direito do trabalho, algumas reformas priorizaram a competência da União em organizar o trabalho no Brasil.

O Brasil promoveu reformas no que diz respeito à legislação que ampara o direito ao trabalho, tendo em vista o fato da Consolidação das Leis do Trabalho e, também, por ser signatário da Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Nesse limiar de direitos, as normas trabalhistas garantem melhores condições de trabalho ao trabalhador. Contemporaneamente, conforme consta nos fundamentos do Regulamento da Inspeção do Trabalho, esta tem por objetivo:

> [...] assegurar, em todo o território nacional, a aplicação das disposições legais, incluindo as convenções internacionais ratificadas, os atos e decisões das autoridades competentes e as convenções, acordos e contratos coletivos de trabalho, no que concerne à proteção dos trabalhadores no exercício da atividade laboral (BRASIL, 2002, cap. I, art. 1º).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, o Decreto nº 4.552/2002 é coerente com a previsão da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho "a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho" (BRASIL, 1943, art. 626). Compreende-se, então, que a fiscalização do trabalho busca efetivar as disposições legais dos imperativos de Lei com o objetivo de atuar visando conduzir a obediência aos direitos previstos.

O Poder Constituinte conferiu a possibilidade da mitigação de direitos por acordo entre sindicatos ou entre sindicatos e empregadores. Assim, por disposição constitucional, as regras de Direito do Trabalho podem sofrer restrições por acordo negocial entre associações ou entre essas e empregadores.

Pode ser citado ainda como exemplo de flexibilização o inciso XI, do artigo 7º, da Carta Magna (participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei).

Os acordos coletivos de trabalho também foram reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, além das convenções coletivas, conforme inciso XXVI, do mesmo artigo acima citado, observando a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, inciso VI, da CF/88).

Pode-se ainda citar outras leis em que se é possível verificar a ocorrência da flexibilização dentro do ordenamento jurídico, quais sejam: Lei n.º 5.107/66, que instituiu a Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), Lei n.º 6.019/74, lei do trabalho temporário e Lei n.º 9.601/98, que introduziu o contrato de trabalho por tempo determinado.

Barros (2006) ressalta o caráter protetivo da norma trabalhista a qualquer interesse de ordem econômica embora reconheça que a gênese do Direito do Trabalho, por várias razões e principalmente pelo seu conteúdo normativo, possui, sem dúvida, um sentido político-econômico refletido de forma clara não só nas leis que dispõe sobre matéria salarial, mas também naquelas disciplinadoras das licenças, dos descansos e das férias, além de outras, pois nesses períodos, a empresa necessitará de mais empregados para manter os níveis de produção.

> Todavia, não obstante essa vinculação estreita com a economia, o Direito do Trabalho é motivado, essencialmente, por objetivos de ordem político-social, que visam a corrigir as diferenças, elevando o nível social da classe trabalhadora, como imposição da solidariedade, que nos torna responsáveis pela carência dos demais (BARROS, 2006, p.82).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme Vecchi (2007), o trabalho não pode ser visto com uma visão predominantemente utilitarista ou econômica, pois na verdade é muito mais que isso, é o trabalho um dos pilares da sociedade, e é por meio do trabalho que a pessoa humana deve buscar a sua dignidade. Deste modo, não pode o trabalho ser maleável de forma mais agradável aos custos do empregador, e mudanças sociais como um todo.

No mesmo sentido afirma Cunha (2004) que o direito do Trabalho, ao valorizar o trabalhador e o trabalho, valoriza a sociedade como um todo.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho cumpre uma função tutelar do trabalhador, protegendo-o diante do poder econômico, para que não seja por este absorvido. Conforme Nascimento (2004), não há dúvida sobre isso, porque o direito do trabalho nasceu para dar proteção ao empregado perante o empregador.

Com efeito, o Direito do Trabalho é a parte da ciência jurídica que possui como objeto primordial a defesa do hipossuficiente, assim considerado a parte mais fraca na relação trabalhista. Por essa razão, nenhuma normatividade, seja ela legal ou contratual pode desconsiderar o sistema jurídico e os princípios que orientam a sua prática. Até mesmo as questões econômicas não possuem o condão de desfazer a missão precípua dessa justiça especializada, assim como ao capitalismo não é dada a prerrogativa de se sobrepor aos direitos consumeristas. (SOARES, 2011).

Dentre as várias normas regulamentadoras da relação de trabalho, deve-se aplicar sempre a norma que mais favoreça o empregado. Assim, verifica-se que, em matéria trabalhista, a norma hierarquicamente superior será sempre aquele mais favorável ao trabalhador. (NASCIMENTO, 1997).

No âmbito laboral, principalmente para impedir procedimento fraudatório praticados pelo empregador no sentido de tentar mascarar o vínculo de emprego existente, ou mesmo conferir direitos menores dos que os realmente devidos tem-se o Princípio da primazia da realidade, sendo assegurado, também, no art. 9º da CLT, vindo estabelecer que os fatos prevalecem sobre a forma contratual, imperando, pois, a realidade sobre a forma (SARAIVA, 2012).

Praticamente todas as normas legais em matéria de trabalho são cogentes, imperativas. Mas sua inderrogabilidade pela vontade das partes, ou por outra fonte do direito, há de ser entendida sem perder de vista que elas traduzem um mínimo de garantias, que não pode ser negado, mas que pode, sem dúvida, ser ultrapassado: a derrogação de tais normas é admitida num sentido favorável aos trabalhadores. (MARANHAO, 2000).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, mais comumente reconhecido como irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, nada mais é do que projeção do princípio anterior, porém, acrescido de certa qualidade, qual seja a irrenunciabilidade de direitos tanto de forma unilateral como bilateral que acarrete prejuízo ao trabalhador (DELGADO, 2011).

> Este princípio se encontra confirmado no art. 9º da CLT ao dizer que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (SARAIVA, 2012, p. 42).

Comenta Resende (2011) que é importante que se tenha em mente que o objetivo principal do Direito do Trabalho é reequilibrar a relação jurídica capital/trabalho (empregador x empregado) mediante o estabelecimento de mecanismos de proteção à parte mais fraca na relação jurídica.

Do Princípio da proteção pode se extrair três subprincípios, quais sejam o Princípio da norma mais favorável, Princípio da condição mais benéfica e o Princípio *in dubio pro operário*.

Quanto ao subprincípio da norma mais favorável, afirma Resende (2011) que, segundo este princípio, não prevalece necessariamente, no Direito do Trabalho, o critério hierárquico de aplicação das normas, ou seja, existindo duas ou mais normas aplicáveis ao mesmo caso concreto, dever-se-á aplicar a que for mais favorável ao empregado, independentemente do seu posicionamento na escala hierárquica.

O subprincípio da condição mais benéfica é imposto ao longo do contrato, por meio da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, comenta Delgado (2011) que, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado.

O terceiro e último subprincípio, o Princípio *in dubio* pro operário, diz que havendo uma regra com duas ou mais interpretações, deverá prevalecer a mais benéfica ao trabalhador (RESENDE, 2011.

> Tal princípio, entretanto, apresenta dois problemas: o primeiro, menos grave, essencialmente prático, consiste no fato de que ele abrange dimensão temática, já acobertada por outro princípio justrabalhista específico (o da norma mais favorável). O segundo problema, muito grave, consistente no fato de que, no tocante à sua outra dimensão temática, ele entra em choque com princípio jurídico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> geral da essência da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio do juiz natural (DELGADO, 2011, p.205).

Entretanto pondera Saraiva (2012) que, no campo comprobatório, não se aplica o princípio *in dubio pro operário*, pois o Direito Processual (CLT, art. 818. CPC, art. 333) impõe ao autor a prova do fato constitutivo do direito, e, ao réu, a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito.

Em obediência ao Princípio da inalterabilidade contratual lesiva são, em regra, vedadas as alterações do contrato de trabalho que tragam prejuízo ao empregado. Ao contrário, as alterações favoráveis ao empregado são permitidas e inclusive incentivadas pela legislação (RESENDE, 2011).

3. ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

Em um contexto histórico, passada a fase primitiva de autotutela, a arbitragem assim como outros mecanismos de solução de conflitos extrajudiciais, pôde ser identificada desde a Antiguidade, momento em que não se podia falar de organização judiciária ou sequer, responsabilidade estatal concentrada em dirimir conflitos.

Observa-se que historicamente, o afastamento do uso da arbitragem como meio adequado para solução de conflitos foi reflexo à burocratização do instituo e concentração estatal que passou a tutelar os conflitos.

No Brasil, a arbitragem passou a ser regulamentada através da lei 9.307/1996, contudo, antes mesmo da referida lei ser promulgada, já era possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro, disposições expressas acerca do instituto arbitral.

A Constituição Federal de 1824, em seu artigo 160, já previa que "nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes".

Ato contínuo, em caráter voluntário ou obrigatório, o decreto 797, de 25.11.1850, aludia acerca da arbitragem em controvérsias entre comerciantes, no entanto, no que se refere a obrigatoriedade do instituto, em 1866, por meio da lei 1.350, foi derrogado o instituto arbitral necessário, previsto no artigo 20 do malogrado Código Comercial(BERALDO,2014).

Já no Código Civil de 1916, os artigos 1.037 ao 1.048 regulavam o instituto jurídico do compromisso, tendo o Código de Processo Civil de 1973 disposto sobre procedimento arbitral em seus artigos 1.071 ao 1.102.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mesmo diante da importância dos artigos supracitados para a introdução normativa da arbitragem no Brasil, a lei 9.307/1996, por meio de seu artigo 44, revogou os artigos delineados no Código Civil e Código de Processo Civil, isso porque, ainda que houvessem disposições acerca do instituto arbitral, este carecia de revitalização legislativa capaz de impulsionar, difundir e padronizar sua funcionalidade no cenário brasileiro.

Cumpre ainda, observar que pouco antes da publicação da lei de arbitragem, em 09.05.1996, foi promulgado decreto presidencial 1.902, promulgando a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional que já inaugurou nova mentalidade acerca da arbitragem, seu artigo 1° dispõe que é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

Para o Il. Professor Dr. Villaça (VILLAÇA, 2014, pag. 644), a nova lei de arbitragem ampliou e modernizou as regras insuficientes trazidas nos Códigos Civil e de Processo Civil.

Em análise mais profunda, o Il. Carlos Alberto Carmona, um dos membros da Comissão Relatora da atual lei de arbitragem, (CARMONA, 1993, pag. 71) destaca que:

> Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tenha condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a ser seguido, fica claro que atos poderão ser simplificados em cada caso para evitar demora inútil.

Diante da grande inovação trazida pela lei, inevitável que não fossem suscitadas grandes divergência acerca da matéria legislada. Logo após a promulgação da lei, iniciou-se grande discussão, perante o Superior Tribunal Federal, em torno da constitucionalidade dos principais dispositivos da lei 9.307/1996, assim, tão somente em dezembro de 2001, decidiu-se, por maioria, pela constitucionalidade da lei arbitral.

Após o marco significativo relativo ao entendimento da Suprema Corte, foi dado início ao projeto de consolidação e aprimoração da arbitragem. Isso porque, apesar de devidamente tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto ainda não era conhecido e, carecendo de precedentes, gerava grande desconfiança não somente na população civil, como dentro do próprio judiciário.

Sobre este período, Giusti (GIUSTI, 2016, pag. 6) ensina que:

> não eram poucas, muito menos deslouvadas, as vozes que se insurgiam contra a autonomia da vontade das partes em afastar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> determinados conflitos da apreciação pelo Poder Judiciário. Eminentes juristas e magistrados, além das forças políticas de tradicional viés estatal, defendiam de maneira legítima e muitas vezes sustentada seu ponto de vista contrário ao instituto como previsto na Lei 9.307/1996.

Introduzir um meio extrajudicial de solução de conflitos em uma sociedade em que predomina a cultura do Estado-Juiz não é uma tarefa fácil, previsível, portanto, a ocorrência de tentativas de obstaculização à propagação do instituto objeto do presente artigo.

Contudo, com o passar do tempo, e diante da imprescindível militância do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos "profissionais da arbitragem", esta foi ganhando espaço como meio de resolução de conflitos.

Com a sobrecarga do judiciário, os processos estão cada vez mais morosos e onerosos, desestimulando a busca pela tutela jurisdicional e, em consequência, voltando os olhos da sociedade para o instituto arbitral.

Segundo a pesquisa intitulada "arbitragem em números e valores" realizada pela Professora Selma Lemes (2017, pag.2) em que o objeto de pesquisa foi a evolução da arbitragem no Brasil, foi verificado que entre 2010 a 2016 houve um crescimento de 95% no número de procedimentos instaurados.

Nessa mesma lógica, para Delgado (2012, pág.8) "A utilização da arbitragem, no Brasil, está recebendo, em progressão geométrica, preferência de vários estamentos sociais.".

Além de um judiciário congestionado, podemos atribuir o crescimento da adesão à arbitragem, ao seu caráter (i) célere; (ii) desburocratizado; (iii) confidencial; (iv) especializado; (v) flexível; (vi) imparcial e (v) executivo.

(i) A celeridade é ponto mais lembrado quando falamos nas características vantajosas do procedimento arbitral, para a outrora citada Professora Selma Lemes, coautora do projeto original da Lei de Arbitragem, "é possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio" (2013, pag.2). Em contrapartida, o Conselho Nacional de Justiça mapeou que, em média, a Justiça estadual do Brasil leva 4 anos e 4 meses para proferir a sentença de um processo em 1ª instância.

(ii) A celeridade percebida no procedimento arbitral, nada mais é que o reflexo do caráter desburocratizado do instituto. Na arbitragem, a objetividade dos trâmites e prazos pré-definidos pelo termo de arbitragem, oportunidade em

que as partes definem "as regras" daquele procedimento, representam a "simplicidade" do instituto.

(iii) A confidencialidade é regra geral da arbitragem, em que pese a ausência de disposição expressa sobre o tema na lei, é comum que os principais tribunais arbitrais disponham acerca da confidencialidade em seu regimento, mesmo que assim não seja, as partes podem estipular cláusula de sigilo no que se refere ao procedimento arbitral do qual serão partes. Assim, a confidencialidade, principalmente nos litígios que envolvem tecnologia, logística, sistemas e estratégias empresariais, é fundamental para resguardar o exercício da atividade das partes.

(iv) Na arbitragem, as partes podem escolher os árbitros que, em regra, são especialistas na matéria objeto do litígio, gerando grande segurança em torno da decisão proferida, uma vez que esta será técnica e fundamentada, diminuindo consideravelmente as chances de equivoco por ausência de compreensão sobre o tema, o que é comum no judiciário onde um mesmo juiz atua em demandas das mais variadas naturezas.

(v) Ao contrário do sistema judicial em que o Código de Processo Civil preceitua, de maneira uniforme e padronizada, toda sistemática processual, o procedimento arbitral é mais flexível, possibilitando, caso seja necessário, uma adequação às características especificas da demanda. Nesse sentido, as partes têm liberdade para delinear na convenção de arbitragem, o procedimento mais benéfico e personalizado.

(vi) Na arbitragem além das partes poderem escolher seus árbitros, estes possuem deveres levados à risca no instituo arbitral. Isso porque a confiança no árbitro é critério essencial para que as partes o indiquem. Assim, para que haja manutenção do instituo, é essencial que os árbitros mantenham a imparcialidade e independência, tendo o árbitro o dever de revelar às partes, qualquer fato impeditivo que possa comprometer o julgamento imparcial da demanda.

(vii) A sentença arbitral faz coisa julgada material entre as partes e não é passível de recurso quanto ao mérito decidido. Logo, assim que proferida, constitui título executivo que pode ser imediatamente exequível, remetendo, mais uma vez à celeridade e segurança.

Pelo exposto, constatasse que a arbitragem é fundamentada pelo princípio da autonomia de vontade das partes, tornando-se para muitos, a solução mais adequada e satisfatória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conhecendo o atual cenário de colapso no qual a Justiça do Trabalho se encontra, vale a pena considerar a possibilidade de usar diferentes meios de resolução de conflitos. Como hetero compositivo significa ser capaz de salvaguardar o princípio constitucional do acesso à justiça, a arbitragem merece, neste momento, um estudo mais detalhado. A arbitragem pode ser conceituada como uma técnica de resolução de conflitos por meio daqueles que têm interesses conflitantes, buscando em uma terceira pessoa, de sua confiança, uma solução amigável e também imparcial, já que as partes não o fazem diretamente, mas apenas um terceiro interessa a resolução do conflito.

Não é necessário falar de qualquer defeito de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem. Não é uma técnica obrigatória, mas é uma faculdade conferida a pessoas capazes de resolver conflitos.

Nesse sentido, explica Fredie Didier Jr. (2012, p.112):

> ao escolher a arbitragem, o tribunal não renuncia à jurisdição; pelo contrário, renuncia à jurisdição exercida pelo Estado. É possível afirmar que a jurisdição é um monopólio do Estado, mas não é correto afirmar que existe um monopólio em seu exercício.

O Estado brasileiro autoriza, não apenas por lei, mas também em nível constitucional (art. 114, §§ 1 e 2, CF / 88), o exercício da jurisdição por juízes provados. Deve-se lembrar também que, ao escolher a arbitragem, os indivíduos não renunciam a suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo), uma vez que o árbitro deve respeitá-los a todos, sob pena de nulidade da decisão.

Portanto, Didier entende que não há necessidade de renunciar à jurisdição quando a arbitragem é a ferramenta de resolução de disputas escolhida pela parte, uma vez que árbitros e partes estão sujeitos ao princípio constitucional do devido processo, que envolve tantos outros princípios e regras no nível constitucional, e o não cumprimento de uma delas pode resultar na invalidade da decisão de arbitragem. Acrescenta ainda (p.39) que os árbitros não impedem o Estado de exercer jurisdição pública, uma vez que exercem um tipo especial de jurisdição privada, autorizada pelo Estado. Portanto, não há necessidade de falar sobre a delegação de poderes.

A arbitragem é definida por Carmona (1999, P.19) como: Uma técnica para resolver disputas através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nessa convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão de assumir a eficácia de uma sentença judicial.

No mesmo sentido, Scavone Júnior (2008, p.21) afirma ser a técnica: um meio privado e alternativo para solucionar conflitos relacionados a direitos de propriedade e

disponíveis através do árbitro, geralmente um especialista no assunto controverso, que apresentará uma sentença arbitral.

Para Leonardo Beraldo (2014, páginas 2 e 3), a arbitragem pode ser conceituada como um processo no qual as partes, por meio de um contrato privado, escolhem um árbitro e delegam poderes para decidir a disputa, respeitando os limites previamente estabelecidos na convenção. Não precisa ter diploma de direito, apenas poder e decidir, sem a intervenção do Judiciário, uma disputa que lide com os direitos econômicos disponíveis.

O autor também reconhece que a sentença arbitral tem os mesmos efeitos que a sentença judicial, tem autoridade de caso julgado e está sujeita à execução, de acordo com o Código de Processo Civil. Portanto, a arbitragem é caracterizada por dois aspectos principais e essenciais: são as partes no conflito de interesses que escolhem livremente quem decide, e são também as partes que lhes concedem os árbitros, o poder e a autoridade para conduzir tais conflitos de decisão.

No campo trabalhista, de acordo com José Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho (2001, p.43), com os problemas derivados da Revolução Industrial, a preferência pela hetero composição tornou-se evidente como forma de resolver desacordos individuais entre chefes e empregados. Porque seria impossível. Pense na negociação entre o chefe que tem poder e autoridade econômica e que não via razão para desistir dele e do trabalhador inseguro e frágil.

Além disso, a Emenda Constitucional nº. 45/2004 consagrou este instituto em nível constitucional (art. 114, parágrafos 1 e 2, CF / 88). Arbitragem é, de fato, equivalente ao processo judicial, expandindo o Poder Judiciário por meio dessa forma de resolução de disputas. Felizmente, é possível ver, então, a consolidação da arbitragem, cujo Poder Judiciário reconheceu sua eficácia, notável em vários precedentes: em uma investigação realizada pela associação entre a Fundação Getúlio Vargas e o Comitê de Arbitragem do Brasil, foi descoberta que, das 678 decisões judiciais analisadas no período entre 1996 e 2008.

4. ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS E A (IN) DISPONIBILIDADE

Tendo analisado os aspectos que giram em torno da aplicabilidade da arbitragem como forma de solucionar conflitos, bem como da arbitrabilidade objetiva, que, aparentemente, seria um impedimento ao uso do instituto diante de disputas trabalhistas individuais, agora ele aprofunda a apresentando posições doutrinárias opostas e favoráveis e entendimentos jurisprudenciais (CASSAR, 2010).

4.1. Posicionamentos Contrários

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A possibilidade de arbitragem para disputas individuais é questionada devido à natureza dos direitos trabalhistas indisponíveis. Eles argumentam que o princípio da indisponibilidade de direitos é uma imposição de qualquer renúncia ou transação prejudicial operada pelo funcionário durante o contrato e questionam se a fórmula de arbitragem, que poderia reduzir ou suprimir significativamente os direitos, teria o poder de esterilizar ou mitigar este princípio básico do Trabalho, afirmando a incompatibilidade do instituto de arbitragem com o campo do trabalho (Mauricio Godinho Delgado, 2012). Nesse sentido, a jurisprudência é refratária à sua adequação nos seguintes casos:

> **SOLUÇÃO DIÁRIA. ARBITRAGEM. RELAÇÕES DE TRABALHO INDIVIDUAIS. INAPLICABILIDADE.** As fórmulas de resolução de conflitos, no âmbito da Lei Individual do Trabalho, estão, é claro, sujeitas aos princípios básicos desse segmento especial da Lei, sob pena da mesma ordem jurídica que criou um mecanismo para invalidar todo um estuário. cultural. considerado fundamental por si só. Nesta linha, não é necessário lembrar a prevalência absoluta que a Magna Carta confere à pessoa humana, sua dignidade no plano social em que o trabalho está inserido, e a preponderância absoluta disso no marco de valores, princípios e regras magnetizado pela mesma Constituição. Portanto, a arbitragem é um instituto pertinente e recomendável para outros campos normativos (Direito Societário, Civil, Internacional, etc.), nos quais existe uma equivalência razoável de poder entre os envolvidos, mostrando, no entanto, sem adequação, segurança, proporcionalidade e razoabilidade. . , além de conveniência, em relação ao escopo das relações trabalhistas individuais. Recurso de revista desconhecido (TST-RR 192700-74.2007.5.02.0002, j. 19.05.2010, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6º T., DEJT 28.28.2010).

Em decisão do Primeiro Painel da Seção de Litígios Individuais, de acordo com o relatório do ministro João Batista Brito Pereira, a indisponibilidade de direitos trabalhistas foi reafirmada, devido ao princípio de proteção e aparente desequilíbrio entre as partes litigantes: ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: Lei 9.307 / 96, estabelecendo o tribunal arbitral como medida extrajudicial para solução de conflitos, restritos, no art. 1, o campo de ação do instituto apenas para disputas relacionadas aos direitos de propriedade disponíveis. Ocorre que, devido ao princípio de proteção que informa a legislação trabalhista individual, bem como à falta de equilíbrio entre as partes, os direitos trabalhistas não estão disponíveis (ANTUNES, 2002).

> É disponível o direito sobre o qual as partes podem dispor, transigir, abrir mão. "Em suma, todo o direito que puder ser objeto de

> transação pode ser examinado e julgado por meio do juízo arbitral". O que confronta-se com a indisponibilidade dos direitos individuais trabalhistas (JUNIOR; NERY, 2003, p.1430).

Todavia, a arbitragem poderia dispor acerca de direitos patrimoniais disponíveis, o que inviabilizaria a sua adoção nos conflitos individuais. Apesar de que haveria exceção na indicação consensual de árbitro na fixação do valor de prêmio instituído pelo empregador (LEITE, 2007).

CONCLUSÃO

A arbitragem é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter à decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros.

No Brasil, a arbitragem passou a ser regulamentada através da lei 9.307/1996, contudo, antes mesmo da referida lei ser promulgada, já era possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro, disposições expressas acerca do instituto arbitral.

Não se pode negar, em princípio, que a arbitragem tenha condições de superar o processo estatal em termos de rapidez. Sabendo-se que as partes podem escolher o procedimento a ser seguido, fica claro que atos poderão ser simplificados em cada caso para evitar demora inútil. Pode-se considerar que não é inteiramente impossível aplicar o instituto arbitral aos conflitos individuais do trabalho. , Quanto à cláusula arbitral, esta ficaria restrita às questões resolúveis por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, tendo em vista a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador, desde que observadas algumas peculiaridades, como os direitos disponíveis, visto ser estes decorrentes de normas de ordem pública relativa, permitindo flexibilidade constitucionalmente prevista, bem como, de normas dispositivas que decorrem da autonomia privada individual.

Em relação ao contrato de arbitragem, após o término do vínculo empregatício, não haverá obstáculos, pois os funcionários podem expressar livremente seus desejos nessas circunstâncias. Portanto, é viável considerar outra maneira de resolver conflitos, porque são ferramentas para pacificação social, ressalvados os direitos trabalhistas indisponíveis, bem como o respeito aos princípios nucleares do Direito Individual do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BIGNAMI, Renato. **A inspeção do trabalho no Brasil**: procedimentos especiais para a ação fiscal. São Paulo: LTr, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 1999.

CASSAR, Volia Bomfim. **Principios trabalhistas, Novas Profissões, Globalização e economia e flexibilização das Normas Trabalhistas**. São Paulo: IMPETUS, 2010.

CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização dos direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: revisto e ampliado. São Paulo: LTr, 2012. p. 201. Ed. 15.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. 2ª ed. Tradução: Leonel Valandro. Porto Alegre. Globo. 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores**. Artigo científico, 2017.

MARCONI, M.A. ;LAKATOS, E.M. **Metodologia Científica**. São Paulo. Editora Atlas, 2017.

MARTINS, G. A. & Pinto, R.L. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARX, K. **O Capital: o processo de produção do capital [1890**]. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MASCARO. **Discurso de posse**. Grandes vultos das letras jurídicas trabalhistas. In Rev LTr n.59, maio de 1995. Separata da Revista,2009.

MATTE, Maurício de Souza. **Internet: comércio eletrônico**: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contrato de e-commerce. São Paulo: LTr,2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação Indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas**: possibilidade jurídica e conveniência social. 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**.10 ed. São Paulo: RT, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio Sexual: questões conceituais**. Jus Navigandi, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PIERANGELLI, J. H. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru/SP: Jalovi, 1980.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALLES, F. **Currículo na educação infantil: diálogo com os demais elementos da Proposta Pedagógica**. São Paulo: Ática, 2000.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. LTr, 2000.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SINGER, Paul. **Globalização e Desemprego**: Diagnóstico e alternativas. São Paulo: Contexto, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: LTr, 1993.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho**: um enfoque constitucional. 2. ed. v.1. Passo Fundo: UPF, 2007.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual Prático das Relações Trabalhistas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ÓTICA SOB O ABANDONO AFETIVO COM UM VIÉS A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ANGELY MARIELLY PEDROSA TAIROVICHE: Bacharelanda em Direito pela Faculdade metropolitana de Manaus (FAMETRO).

RESUMO: O presente artigo aborda o instituto da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo. Trazendo de forma sucinta os principais pressupostos da responsabilidade civil dentro desse contexto, elencado a dignidade da pessoa humana, traçando um paralelo da família como instituição jurídica e sua importância nos dias atuais, situação esta que se torna cada vez mais relevante não só no mundo jurídico, mas também no cotidiano da sociedade. Aponta conceitos e tópicos de forma estratégica para que alcance diversos leitores, seja da área do Direito ou não, permitindo assim, uma melhor e maior compreensão sobre o tema. Nesta esteira, verificar-se-á quais hipóteses o dano se concretiza, quais medidas e sanções são abarcadas e o que norteia a legislação. É de clareza solar que o conceito de família recebeu várias mutações nos últimos anos com isso, será abordado a importância do Poder familiar que na antiga nomenclatura se tratava do "pátrio poder" e como isso pode influenciar nos contextos jurídicos, sociais e psicológicos daquele que se sente lesado. Com o evoluir da comunidade jurídica já há trâmites para que o tema venha a vigorar expressamente no vigente código civil. Nesse sentido, o artigo busca entender se a responsabilidade civil pode ser considerada medida norteadora e adequada para a tutela dos interesses das crianças e adolescentes quando houver omissão em relação aos direitos e deveres por parte dos pais.

Palavras-Chave: Abandono afetivo. Dano Moral. Dignidade da pessoa humana. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article addresses the institute of civil liability arising from emotional abandonment. Briefly bringing the main assumptions of civil liability within this context, listing the dignity of the human person, drawing a parallel of the family as a legal institution and its importance today, a situation that becomes increasingly relevant not only in the legal world , but also in the daily life of society. It points out concepts and topics in a strategic way so that it can reach different readers, whether from the area of law or not, thus allowing for a better and greater understanding of the subject. In this wake, it will be verified which hypotheses the damage materializes, which measures and sanctions are covered and what guides the legislation. It is clear that the concept of family has undergone several changes in recent years with this, the importance of family power will be addressed, which in the old nomenclature was the "fatherland power" and how this can influence the legal, social and psychological contexts of those who feels aggrieved. With the evolution of the legal community, there are already procedures for the issue to come to expressly apply in the current civil code. In this sense, the article seeks to understand whether civil

liability can be considered a guiding and adequate measure to protect the interests of children and adolescents when there is an omission in relation to the rights and duties of parents.

KEYWORDS: Affective abandonment. Moral damage. Dignity of human person. Civil responsability.

Sumário: Introdução – 1. Responsabilidade Civil – 1.1 A família como instituição social e jurídica – 1.2 Dos deveres oriundos do dever familiar sob a ótica do ECA – 1.3 Caracterização do abandono afetivo – 2.0 Das consequências decorrentes do abandono afetivo – 2.1 A dignidade da pessoa humana– 2.2 Afetividade – 2.3 Os tribunais e o abandono afetivo 3.0 - O princípio da solidariedade familiar – Conclusão – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Falar em responsabilidade civil ensejada do abandono afetivo, é um tema que gera diversas discussões doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais, pois afinal ninguém é obrigado a dar carinho, amor e atenção a outrem.

Orienta a boa jurisprudência que amar não é um instituto a ser imposto, mas cuidar e zelar é dever.

É mister que, não se fala em dar o afeto ou simplesmente proporcionar momentos de alegria, mas sim, em obrigação a partir do momento em que se é gerada uma vida, há uma série de direitos e deveres que decorrem dela.

O código civil em seu art. 2º deixa claro que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, Logo, parte-se da premissa que, o nascimento com vida irá estabelecer o início da personalidade jurídica de cada indivíduo, logo passa a ser sujeito com direitos e deveres.

Sob a ótica jurídica a responsabilidade civil se relaciona no sentido de não prejudicar, não causar prejuízo a outro. Traz em seu bojo o conceito de reparar um dano causado.

Atualmente a nomenclatura "pátrio poder", foi substituída no Código Civil de 2002 pelo poder familiar, que é aquele das relações jurídicas entre os pais e seus filhos. No conceito anterior, esse poder era em maior escala conferido ao pai, restando à mãe apenas uma mera colaboração. Com a evolução do ordenamento jurídico, a mãe passou a ter papel tão importante quanto o do pai nessa relação. O fato é que ambos precisam ter importante colaboração na criação e desenvolvimento dos filhos.

Na atualidade, o dever familiar segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/90), incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

É digno que o filho possa ter o que bem manda a Constituição Federal no Art 1º, inciso III, que trata da Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundante do Estado brasileiro, o qual reflete as garantias das necessidades vitais de cada indivíduo.

Os responsáveis que negligenciam ou são omissos quanto ao dever geral de cuidado podem responder judicialmente por terem causado danos morais e/ou materiais a seus próprios filhos. Não obstante a possibilidade de sanções penais, em uma realidade capitalista a pena que parece impor maior efeito pedagógico é mesmo aquela que afeta o patrimônio do infrator. Nesse contexto, o negligente pode vir a ser condenado a pagar determinada indenização à criança ou adolescente ofendido. Muito embora a indenização por abandono afetivo não diminua a dor, traumas e problemas psíquicos, contudo, pode proporcionar sensação de justiça.

Na entidade familiar o indivíduo cresce, desenvolve-se fisicamente e psicologicamente, constrói seus próprios conceitos, ideais, refugia-se e é ela sua base, sua estrutura, seu espelho de vida.

Diferente da concepção antiga, de família matriarcal ou patriarcal, que dispunha do poder pátrio como forma autoritária de comandar as relações parentais consanguíneas com o intuito de educar, surge o poder familiar, não que tenha findado o poder de ascendência, mas este passa a ter outro sentido: o de segurança, proteção e acolhimento. O conceito coloquial de abandono está associado a largar algo ou alguém sem pretensão de voltar, mas, no âmbito do direito de família, deve ser compreendido como afastamento pessoal de um ente familiar. As duas palavras quando colocadas em conjunto geram significados no âmbito jurídico, em virtude de que o abandono afetivo tem gerado o instituto da responsabilidade civil, e sendo nomeado, doutrinariamente, como a "Teoria do Desamor".

Há conceitos diversos sobre responsabilidade civil, inclusive alguns exemplos estabelecidos na legislação brasileira, percebendo-se que no capítulo dedicado ao tema no código Civil de 2002, não se encontra nada mencionando sobre a reparação civil por abandono afetivo, especificamente.

A responsabilidade civil no Direito de Família projeta-se para além das relações de casamento ou de união estável, sendo possível a sua incidência na parentalidade e filiação, ou seja, nas relações entre pais e filhos. Atualmente o tema em discussão gera inúmeros questionamentos, tendo em vista seu crescimento e alcance amplo nas relações humanas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

além da parentalidade. Por conta disso, ocorre um razoável aumento da demanda junto ao Poder Judiciário para a tutela desses conflitos paterno filiados e, em contrapartida, infelizmente, trata-se de uma matéria ainda não pacificada na legislação brasileira.

Fala-se em uma forma de punir os pais com o intuito de evitar que estes voltem a fazê-lo e, principalmente, que outros pais repitam essa conduta reprovativa, posto que, a base de nosso ordenamento são os valores sociais, preservados, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, tem-se atribuído a reparação civil à função pedagógica e educativa na busca de desestimular esse tipo de conduta incoerente com o ordenamento jurídico.

Diante da plena caracterização do abandono afetivo, a rotina dos filhos muda completamente, haja vista que não se abala apenas o contexto material mas o psicológico também, o que futuramente poderá deturpar o desenvolvimento.

Estas situações, por se tornarem cada vez mais presentes, não podem passar despercebidas, como de fato não passam, eis que a construção jurisprudencial acerca do tema é dinâmica e desperta calorosos debates no seio da comunidade jurídica.

Nota-se que o abandono afetivo tornou-se mais corriqueiro com o enfraquecimento das relações conjugais nos dias de hoje, logo, as lides devem ser ponderadas pelo judiciário uma vez que as crianças e adolescentes não podem sair afetados por problemas entre os pais.

Há situações em que a relação se deu apenas por algo corriqueiro, uma festa, uma noite, trazendo aquele pensamento de que não se tem deveres e obrigações com aquela criança, isso não exime, não afasta o pátrio poder, ou seja, as obrigações e deveres seja do pai ou da mãe precisam se fazer presentes.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

Fonte do direito obrigacional a responsabilidade civil é a reparação de dano material ou moral causado a outrem em decorrência de prática de ato ilícito. Para que seja ensejando um ato ilícito dentro da responsabilidade civil há elementos que precisam estar em evidência, são eles:

Ação e omissão quando o agente executa ou deixa de executar algo que deveria ter feito e disso derive determinado dano; culpa lato sensu, presente nos artigos 944 e 945 do Código Civil, momento pelo qual o dano se apresenta consumado; culpa stricto sensu, é o desrespeito a um dever já existente, resultando em imprudência; negligência; e imperícia.

A imprudência se dá pela falta de dever de cuidado em determinada conduta positiva (ação). A negligência é a falta de dever de cuidado em relação a determinado

procedimento de forma negativa (omissão). Já a imperícia é a falta de qualificação do agente na realização de determinada conduta.

Nexo de causalidade, é o elo entre a causa e o efeito, ou seja, relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, decorrente do nexo de causalidade enseja-se dois tipos de responsabilidade objetiva decorrente da conduta e subjetiva decorrente culpa.

Não há como ensejar responsabilidade civil sem dano ou prejuízo, é característica primordial, ou seja, a ideia de responsabilidade civil deve ser acompanhada da concretização do dano ou prejuízo que fora causado a outrem ensejando indenização. Para isso é necessário a comprovação da culpa em lato ou stricto sensu.

No vigente código civil, é previsto os danos morais e materiais. O dano moral é aquele que não tem causa, não está ligado a questões financeiras, patrimoniais e etc, ele traz em seu bojo características de dano ao direito da personalidade questões ligadas à honra, imagem entre outras características que o financeiro não atinge, ele traz a ideia de um dano mais pessoal. Já o dano material, por sua vez, caracteriza o atingimento a determinado bem jurídico que goza de valor

1. 1 A família como instituição social e jurídica.

Com o conceito de família sob o prisma do Direito nota-se que houve um grande avanço em vários institutos, bem como a família. Essas modificações decorrem das diferentes perspectivas sobre os valores e práticas de cunho social nos últimos séculos.

No Brasil, houve um reconhecimento da pluralidade de entidades familiares que se deu com a promulgação da Constituição da República Federativa de 5 de Outubro de 1988, passou-se a entender família não só como aquela constituída pelo casamento, mas sim, aquela alicerçada no amor entre os indivíduos, independe da sua condição civil e orientação sexual. Conforme art. 226,in verbis:

> Art. 226 – A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 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. (BRASIL, online)

A concepção tradicional implicava em um casamento para a formação da entidade familiar e todas suas prerrogativas, hoje há uma noção mais contemporânea, como por exemplo a família unipessoal, monoparental e diversas outras que nos dias atuais demandam a qualificação da família, resultando em um pluralismo das entidades familiares. Aponta-se que na concepção antiga o Código Civil de 1916 entendia que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

família estava diretamente ligada ao casamento formal, a concepção atual traz uma pauta em valores, afetividade, amor e carinho.

A família unipessoal é aquela formada por uma única pessoa, seja solteira, divorciada ou viúva. O supremo Tribunal de justiça já reconheceu a família unipessoal dentro do conceito de entidade familiar, ensejando a finalidade social da lei. Este reconhecimento visa a proteção do bem de família, foi criada então a súmula 364 do STJ, "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Família monoparental é aquela constituída pelo homem ou mulher e seus descendentes, podendo ser caracterizada por mães e pais solteiros ou separados e até mesmo pela viuvez.

A família homoafetiva se dá pela relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, traçando um marco e rompendo um padrão arcaico que o direito carregava posteriormente, este tipo de família está cada vez mais presente com isso, a Lei nº. 11.340, de 2006, houve o reconhecimento da legislação brasileira, ainda que apenas no âmbito da violência doméstica, da relação homoafetiva, ao dizer, em seu artigo 5º, parágrafo único que as relações nele indicadas independem de orientação sexual.

Não somente estes conceitos de família mas diversos outros, hoje balizam o evoluir da família como instituto dentro direito, não se fala mais só em um tipo de relação ou um tipo de família, hoje em dia já há uma pluralidade de relações reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O doutrinador Maurício Krieger (2015) expõe que a completa formação da identidade do ser humano é decorrente de influências dos relacionamentos e dos vínculos que criamos ao longo da vida. Dessa maneira, como a instituição familiar é onde se inicia as primeiras etapas da vida de um ser humano (como por exemplo a formação do caráter, valores e sentimentos, vivenciados em seu lar) os vínculos formados por intermédio dessa instituição, são ainda mais preciosos, pois será a base para os relacionamentos com os demais indivíduos, fora do seu convívio familiar.

1.2 Dos deveres oriundos do dever familiar sob a ótica do ECA.

A Constituição Federal trata em seu Art. 226 que a família é a base da sociedade e goza de proteção especial do Estado. Nota-se que a Carta Magna torna real a responsabilização por parte do Estado com o intuito de garantir o alicerce familiar da melhor maneira.

Nesta mesma esteira o ECA, prevê que a base familiar é de extrema importância para o desenvolvimento humano, pois é nele que serão formados os princípios, ética e valores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Imperioso é reconhecer que o contexto familiar se reveste e traz em seu bojo caráter essencial para a formação da vida da pessoa, mais ainda daquele que está em fase de crescimento, desenvolvimento, não só de valores mas também a parte psíquica e cognitiva.

O Estado entra como forma de garantir a tutela a proteção que o âmbito familiar necessita possibilitando a confecção de amparo quando necessário.

Logo, para o Estado a entidade familiar representa um núcleo basilar de afeto e carinho onde as pessoas se desenvolvem com dignidade a par da identidade biológica que há entre elas.

Em seu Art 4º o ECA estabelece que é dever da família e da sociedade em geral o poder público assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos Direitos inerentes à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização dentre outros.

Ainda no Art 19 deixa claro que toda criança e adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família.

É de clareza solar que o legislador se adapta às novas modalidades de família que continua avançado, trazendo então o esforço de buscar o equilíbrio para as problemáticas que a sociedade passa com sua própria evolução.

1.3 Caracterização do abandono afetivo.

Aduz Carlos Roberto Gonçalves, "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores". Logo, poder familiar é a obrigação, responsabilidade dos genitores em prestar os devidos cuidados, zelo, amparo e sustento.

O abandono afetivo é concretizado no momento em que os pais na competência do poder familiar negligenciam e omitem as relações com os filhos, deixando estes em estado vulnerável e sem reparação. Nos dias atuais não há uma lei específica que expresse essa caracterização, contudo, se encontra fundamento em legislações diversas como por exemplo o ECA (Art. 4º), que abarca os Direitos das crianças e adolescentes e a Constituição Federal (Art 227).

O Código Civil também abarca um fundamento em seu artigo 1.634, com isso é evidente que a depender do convencimento do magistrado e de cada caso concreto o abandono afetivo está caracterizado quando há a violação de algum desses dispositivos citados acima.

Do deixar de fazer a exclusão do sobrenome por livre e espontânea vontade pode ensejar o abandono, atos que proporcionam por si só a sensação de exclusão quando na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

verdade a sensação deveria ser de acolhimento ao vulnerável. Já há jurisprudência sobre indenização pelo dano moral e a retirada do sobrenome por aquele que abandonou.

2. Das consequências decorrentes do abandono afetivo.

Seja em esfera jurídica, social ou psicológica, o abandono afetivo pode gerar inúmeras consequências a aquele que se sente lesado. Os danos psicológicos podem ser tratados com o tempo, contudo, a depender de cada caso podem vir a ser irreversíveis. Com isso, partimos da premissa então que, o judiciário não irá sanar a dor e muito menos a perturbação que é causada, mas entrará como uma forma de proporcionar a sensação de justiça e de força a aquele que busca pela justiça.

Nos dias atuais o Direito há de tutelar tanto o abandono afetivo como a alienação parental pois se tornaram casos muito corriqueiros. Em casos assim, a atenção precisa ser redobrada pois tem se a necessidade de separar um do outro por se tratar de diferentes situações, logo ensejam sanções distintas.

2.1 A dignidade da pessoa humana

Previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal é considerado um dos princípios fundamentais no sistema jurídico em harmonia com a constituição federal, basilar aos princípios da sociedade democrática do Brasil. Aduz a doutrina que "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida".

A dignidade da pessoa humana representa a proteção de todos os direitos do homem, pois sendo algo inerente à ele, assume valores entre o indivíduo e a sociedade, representando por fim, um processo que visa à luta por direitos do homem para com seus semelhantes, toda a sociedade e para com o Estado.

Neste diapasão, a proteção de crianças e adolescentes está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, logo, o judiciário atenta para a responsabilização dos genitores que possam vir a causar danos ao filhos na ausência do afeto, assistência necessária e convívio. Maria Berenice Dias aduz que;

> "Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não

> tem apenas o dever de abster-se de praticar ator que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.''

Não há como conceituar a dignidade da pessoa humana, todavia, a legislação norteia seus parâmetros para que este supra principio possa ser adequado e usado a depender de cada caso concreto.

2.2 Afetividade.

É importante conceituar as palavras afetividade e abandono. Afetividade é um conjunto de 29 fenômenos psíquicos, que permitem ao ser humano demonstrar seus sentimentos e emoções a outrem, formando assim, um laço de proximidade interpessoal; trata-se de uma forma de exteriorizar emoções e criar vínculos de amor, cuidado, carinho com o próximo.

Importa ressaltar a existência de três maneiras em que a afetividade se exterioriza, Fernanda Salla (2018) ressalva as palavras do psicólogo Henri Wallon a respeito da afetividade: Por meio da emoção, do sentimento e da paixão. A emoção, segundo o educador, é a primeira expressão da afetividade. Ela tem uma ativação orgânica, ou seja, não é controlada pela razão. O sentimento, por sua vez, já tem um caráter mais cognitivo. Ele é a representação da sensação e surge nos momentos em que a pessoa já consegue falar sobre o que lhe afeta - ao comenta um momento de tristeza.

O princípio da afetividade não está caracterizado e nem estabelecido na legislação, contudo é norteado pela doutrina. Assim, Caio Mário da Silva Pereira leciona:

> [...] pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF). O princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não pode coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.

Extrai-se aqui, que o princípio da afetividade traz em seu bojo a saúde pelas relações familiares, uma vez que o afeto mútuo se torna indispensável para essa relação.

2.3 Os tribunais e o abandono afetivo.

A primeira decisão acerca do tema veio do Rio Grande do Sul, pelo juiz Mario Romano Maggioni que condenou o pai ao pagamento de indenização por danos morais no valor de duzentos salários-mínimos por abandono moral e afetivo de sua filha, em sentença datada de agosto de 2003, transitada em julgado, atualmente em fase executória. Destaque-se a fundamentação do ilustre julgador:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando a função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (BRASIL, online).

Na mesma oportunidade manifestou-se contrária à concessão da indenização o Ministério Público, conforme parecer da Promotora de Carli dos Santos: "não cabe ao Judiciário condenar alguém pelo desamor, senão, os foros e tribunais estariam abarrotados de processos se, ao término de qualquer relacionamento amoroso ou mesmo se, diante de um amor platônico, a pessoa que se sentisse abalada psicologicamente e moralmente pelo desamor da outra, viesse a pleitear ação com o intuito de compensar-se, monetariamente, porque o seu parceiro ou seu amor platônico não a correspondesse".

No mesmo sentido entendeu o STJ, no REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005, publicando sua decisão que, a seguir, se resume: "Escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada".

Em recente julgamento, o juiz da 31ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Luis Fernando Cirillo, condenou um pai, por danos morais, a indenizar sua filha, no importe de 190 salários mínimos, aproximadamente, reconhecendo que:

> "Paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto, independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia". Apesar de considerar não ser razoável que um filho "pleiteie em Juízo

> indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai".

O ilustre magistrado sentenciante, ponderou de outro norte que:

> (....) Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens (31ª Vara Cível Central de São Paulo – Processo n° 000.01.036747-0) (BRASIL, online)

As várias discussões e decisões que cercam o tema no judiciário levam a percepção de avanço da comunidade jurídica.

Mas afinal, o pai ou mãe que deixam de cumprir o dever familiar para com os filhos podem ser responsabilizados? Cada caso concreto exigirá do judiciário diferentes interpretações e desdobramentos, o fato é que a responsabilidade civil busca amenizar e reparar esses danos, não só na questão de indenização mas na sensação de justiça, ela vem para nortear e tutelar o bem jurídico nesse contexto da afetividade.

3.0 O princípio da solidariedade familiar

É fato que, a família é refúgio, acalento e abrigo, logo o princípio da solidariedade familiar se liga fortemente com a afetividade resultando em uma mútua assistência, no sentido de que, a depender do caso concreto filhos podem pedir pensão dos pais, assim como os pais podem pedir pensão dos filhos em uma situação futura e se restar comprovado que é necessário.

Logo, este princípio norteia a ética no sentido da ajuda, cooperação de quem precisar no âmbito familiar.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou um estudo acerca da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, traçando um estudo através de seus pressupostos, restando claro que o abandono fere a dignidade da pessoa humana. É mister destacar que este instituto alcança diversos prismas e um deles é o dever familiar que passou por uma mutação se adequando aos dias atuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diferentemente da concepção antiga, hoje o direito dentro de sua evolução abarca diversos tipos de família e que merecem prosperar de forma legal a atenção do Estado.

O interesse do Menor para o Estado estará sempre em maior alcance visto que trata de um ser vulnerável que precisa de assistência.

Não se pode obrigar ninguém a querer proporcionar, carinho, amor e atenção a outrem, mas o direito pleiteia a tutela do cuidado, do zelo, ou seja, é dever dos genitores garantir uma vida digna e saudável para os filhos seja na educação, lazer, esporte, alimentação e etc.

A responsabilidade só é possível através da comprovação de dano contendo os pressupostos, sendo estes, nexo de causalidade, efeito e conduta, logo, em torno do abandono afetivo faz se necessária a comprovação por meio de laudos periciais que aquele dano causado ao menor é devido ao abandono do pai ou mãe devido à ausência exacerbada por parte dos genitores, ou seja, o abandono foi fator primordial, logo o ato ilícito é reparado mesmo sem lei expressa, mas como já mencionado anteriormente há amparos no código civil, ECA e constituição federal que norteiam o convencimento ou não do magistrado a indenização.

O instituto do abandono afetivo se caracteriza pela abstenção de fazer cumprir o dever familiar, permitindo o mau desenvolvimento da criança em contextos psicológicos e sociais, gerando sensação de deslocamento, rebaixamento, falta de aptidão para atividades sejam do dia a dia ou até escolares, fato estes que são violadores do princípio da dignidade da pessoa humana por negligência dos pais.

Logo, a falta de cooperação, zelo, cuidado e atenção podem ensejar indenização a depender de cada caso, necessitando uma análise extremamente cuidadosa por parte do judiciário, no sentido de evitar a banalização do instituto do dano moral pelo abandono afetivo, afinal cada caso é um caso.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono Afetivo:** considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>. Acesso em 03 mar. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 20 mar. 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. v. 412. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KRIEGER, Mauricio Autonacci; KASPER, Bruna Weber. **Consequências do abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai2015/7137-consequencias-do-abandono-afetivo>. Acesso em: 22 mar. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas. **A incidência do art. 186 do Código Civil Brasileiro no abandono afetivo dos pais.** É possível? Revista Esmat, Palmas, ano 3, n. 3, p. 33-56, jan/dez 2011.

OLIVEIRA, Andressa de Sousa. **Responsabilidade civil por abandono afetivo segundo a Legislação Brasileira.** Trabalho de Conclusão de Curso – Direito. UniEvangélica: Anapólis, 2018.

SALLA, Fernanda. **O conceito de afetividade de Henri Wallon.** Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/264/0-conceito-de-afetividade-de-henri-wallon?gclid=Cj0KCQjw7pKFBhDUARIsAFUoMDZPAsMSruEiRf5uKf8Yb7y0rOBfhapfDtoYeY28b9ZdAu2KtrnE5_MaAhZFEALw_wcB>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SOUSA, Hiasminni. **Abandono afetivo:** Responsabilidade civil pelo desamor. Disponível em: <ibdfam.org.br/artigos/863/Abandono+afetivo:+Responsabilidade+civil+pelo+desamor>. Acesso em: 10 mai. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Alegação de abandono afetivo não enseja indenização por dano moral.** Notícias do STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=15894> Acesso em: 17 abril. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, Síntese-IBDFAM, v. 32, out./nov. 2005.

VELASQUEZ. Miguel Granato. **HECATOMBE X ECA.** Doutrina – Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/ RS. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id527.htm> Acesso em: 27 mai. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 60

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 65-66.

JÚNIOR, Vilmar Guimarães. **Responsabilidade Civil pelo abandono afetivo.** Trabalho de conclusão de curso. Disponível em < http:// jus.com.br/artigos/61088/responsabilidade-civil-introducao-conceitual> acesso em: 17 abril. 2021

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

GUARDA COMPARTILHADA: A EQUIPARAÇÃO DO REGIME DE GUARDA COM FINALIDADE NO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

FERNANDO LEONEL LIRA BASTOS: Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente estudo trata do instituto da guarda compartilhada em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a sua aplicação. O tema é importante em razão da necessidade de avaliar as condições em que a guarda compartilhada pode ser aplicada, e se a sua imposição não se caracteriza como uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O objetivo é trazer conceitos, características do compartilhamento de guarda, para que ao final seja analisada a sua aplicação em qualquer situação garantindo, ainda, a plena proteção da criança ou adolescente. A hipótese é parcial, em razão da necessidade da análise específica de cada caso que envolva disputa de guarda. A metodologia é do tipo bibliográfico e o método é o dedutivo. O problema apresentado teve sua confirmação parcial, pois a aplicação da guarda compartilhada nem sempre garantirá que o melhor interesse da criança e do adolescente esteja ocorrendo, os casos devem ser analisados individualmente. As famílias devem estar cientes que no momento da atribuição da guarda a análise deve consistir na proteção e no interesse dos filhos e não na vontade dos pais, pois a guarda gera forte influência no desenvolvimento da criança, em suas atitudes, escolhas e aplicada de forma forçada e errada, pode ocasionar, no futuro, em prejuízos ou desenvolvimento irregular, seja na esfera individual ou social.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada. Poder familiar. Guarda. Melhor interesse. Direito dos pais.

ABSTRACT: This study deals with the joint custody institute in compliance with the principle of the best interests of children and adolescents and its application. The theme is important because of the need to assess the conditions under which shared custody can be applied, and if its imposition does not stand out as an affront to the principle of the best interests of children and adolescents. The objective is to bring concepts, characteristics of shared custody, so that, at the end, its application in any situation can be analyzed, guaranteeing the full protection of the child or adolescent. The hypothesis is partial, due to the need for a specific analysis of each case involving a custody dispute. The methodology is bibliographic and the method is deductive. The problem presented is their partial protection, as the application of shared custody will not always guarantee that the best interests of the child and adolescent are taking place, cases must be prevented individually. Families should be aware that at the time of custody education, the analysis must consist of the protection and interest of the children and not the parents' will, as custody generates a strong influence on the child's development, on their attitudes, choices

and applied in a manner forced and wrong, it can cause, in the future, in damages or irregular development, either in the individual or social sphere.

KEYWORDS: Shared custody. Family power. Guard. Best interest. Parental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Poder familiar. 3. A guarda. 4. A guarda compartilhada. 5. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 6. Proteção integral da criança e do adolescente. 7. A efetivação do princípio do melhor interesse na guarda compartilhada. 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objeto de pesquisa o instituto da guarda compartilhada, em específico, a sua aplicabilidade como forma de garantir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Um tema que é recorrente de toda sociedade familiar, e seu estudo é de suma importância, em razão da necessidade de avaliar as condições em que a guarda compartilhada pode ser aplicada, e se a sua imposição não se caracteriza como uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Com a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, alterada pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14, a modalidade compartilhada de guarda se tornou regra, pois, em tese, os genitores poderiam participar ativamente no desenvolvimento ético, moral, educacional e psicológico da prole. Todavia, é necessário que ocorra a análise minuciosa de cada caso em que a guarda está sendo disputada, isso porque, nas famílias em que a animosidade entre os genitores é extrema, a guarda compartilhada torna-se um instrumento negativo para o núcleo familiar, principalmente, para a criança ou adolescente ali inserido.

Nessa linha, a guarda compartilhada deve ser analisada conjuntamente com o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, tornando a modalidade um instrumento positivo para a família, favorecendo os vínculos afetivos e garantindo que ambos os pais participem do crescimento e desenvolvimento da prole. Portanto, o objetivo principal do presente estudo é a análise da aplicação do instituto da guarda compartilhada em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A aplicação da guarda compartilhada como alternativa escolhida pelos genitores, a fim de manter as decisões inerentes ao filho a figura de ambos, e ainda, a análise da aplicação da guarda compartilhada como imposição legal, instituída através de decisão judicial com referência ao texto legal. O problema de pesquisa consiste em demonstrar se o instituto da guarda compartilhada pode ser aplicado em todos os casos e ainda sim proteger de forma integral o menor, atentando-se, ainda, ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O estudo adota o método dedutivo, pois o tema é variável e aplicado a cada rede familiar de maneira específica, em decorrência da análise que deve ser feita em cada caso. A técnica de pesquisa será bibliográfica, ocorrendo através do estudo de livros, periódicos científicos, dissertações, teses e materiais publicados sobre o tema.

2. Poder Familiar

Segundo Cezar-Ferreira e Macedo (2016, p. 48) "o poder familiar é o conjunto de obrigações dos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores". Do primeiro ponto de vista, pode-se constatar que o poder familiar não é atribuído somente à pessoa dos filhos, mas também sobre os bens que a eles pertencem.

O Código Civil de 2002 conceitua que o poder familiar consiste em promover a criação, a educação e o bem-estar dos filhos enquanto menores, além de atribuir aos pais o consentimento para a prática de atos pelos filhos (BRASIL, 2002). Segundo Dias (2013, p. 436):

> O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.

Conforme visto, o poder familiar detém um caráter protetivo, com o propósito único de garantir o melhor interesse do filho enquanto menor, que não dispõe de condição física e psicológica para cuidar de si e realizar tomadas de decisões.

O poder familiar é atribuído aos pais de maneira irrenunciável quando do nascimento dos filhos, perpetuando esse poder até a maioridade do filho ou sua emancipação, ou seja, sua dependência e autonomia perante as necessidades pessoais e atos da vida civil, não carecendo da assistência dos genitores para as decisões.

Segundo Lôbo (2011, p. 302):

> Os pais têm o direito de dirigir a educação e a criação dos filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-las. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua personalidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade. À medida que o menor desenvolve sua própria capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na linha de deveres atribuídos aos genitores, o artigo 1.634 do Código Civil elenca uma série de deveres decorrentes do poder familiar, os quais consistem em promover a criação e educação dos filhos, exercer de forma eficaz a guarda, de modo que possuem o poder de conceder ou negar aos filhos o consentimento para casar, viajar para o exterior, mudar de residência para outro Município, proteger os filhos e exigir a obediência, o respeito e as obrigações decorrentes de sua idade e condição (BRASI, 2002). Ainda, os pais devem zelar pelo futuro dos filhos, garantindo-lhes a nomeação de um tutor, nas hipóteses de falecimento ou impedimento para exercer o poder familiar, representar os filhos judicial e extrajudicialmente até os 16 anos, em todo e qualquer ato da vida civil, e assisti-los após essa idade, em todos os atos em que forem partes (BRASIL, 2002).

3. A guarda

A guarda consiste no instituto jurídico por meio do qual se atribui a alguém, o guardião, um conjunto de direitos e deveres relativos ao filho menor não emancipado, em especial a prerrogativa de tê-lo em seu poder e companhia, vinculada aos deveres de ampla assistência material, moral, educacional e afetiva. Entende-se por guarda comum ou natural aquela exercida pelos pais sobre os filhos menores, enquanto estiverem convivendo sob o mesmo teto. Sob o ponto de vista do poder familiar.

No que concerne à guarda de pais separados, pode-se dizer que é a atribuição "a um dos pais, ou a ambos, dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia, em relação ao filho", podendo esta ser unilateral, quando é atribuída somente a um dos pais, e compartilhada, quando exercida por ambos. (Lôbo, 2011, p. 190).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou avanço ainda maior quando estabeleceu, em seu artigo 227, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança o direito à convivência familiar e comunitária. Homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o que causou um grande reflexo positivo no exercício do poder familiar e na guarda dos filhos.

Anos depois, o Código Civil de 2002 rompeu de vez com o sistema que vinculava a guarda dos filhos menores à culpa dos cônjuges, estabelecendo, no texto original do art. 1.584, que "decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la."

Até então, a disputa pela guarda dos filhos não levava em consideração o sofrimento dos filhos que, divididos entre pai e mãe, tinham sua situação agravada com o desfazimento do lar.

Conforme a nova disciplina do Código Civil é demonstrado no art. 1.634:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Ou seja, ainda quando os pais estejam separados, ainda quando somente um deles detenha a guarda do filho, ambos continuam sendo titulares do poder familiar, que permanece ilesa frente ao divórcio ou à dissolução da união estável, sendo irrenunciável e de pleno direito de ambos.

Após tratar da dissolução da sociedade conjugal, o Código Civil dedicou um capítulo à proteção da pessoa dos filhos nos artigos 1.583 a 1.590, estabelecendo os conceitos de guarda unilateral e compartilhada e dando a preferência implícita pelo compartilhamento.

Atualmente, a lei procura atender primeiramente aos interesses dos filhos, obedecendo aos princípios constitucionais que passaram a embasar o Direito de Família. Via de regra, no caso de pais divorciados, a guarda dos filhos obedecerá ao que ficou acordado entre os pais, se entre eles houver consenso. O legislador dá preferência ao consenso dos pais, confiando no discernimento destes quanto às melhores escolhas para a felicidade de seus filhos. Porém, o art. 1.586 do Código Civil autoriza o juiz a regular a guarda de maneira diferente da acordada entre os pais, a bem dos filhos, sempre que o acordo não atender aos seus melhores interesses.

A guarda poderá ser extinta, modificada ou mesmo subtraída, em caráter excepcional, pelo juiz, se comprovado que o guardião ou pessoa de sua convivência familiar não tratam convenientemente a criança ou o adolescente, ou caso o guardião abuse de seus direitos "quando exceder manifestamente dos limites impostos pelo fim social da guarda, pela boa-fé ou pelos bons costumes", em atendimento à regra geral estabelecida no art. 187 do Código Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4. Guarda Compartilhada

A Guarda Compartilhada está prevista na Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. É considerada a modalidade mais importante no que diz respeito a guarda, a grande responsabilidade de ambos os pais para buscarem o interesse em comum do filho é o principal objetivo dessa modalidade de guarda. Com o bom senso e de acordo, as partes podem conciliar o relacionamento de forma a busca a melhor solução pensando unicamente no filho e deixando de lado qualquer atrito entre os ex-cônjuges.

O instituto da guarda compartilhada foi acrescido ao Código Civil por meio da Lei 11.698/2008 e após pela Lei 13.058/2014, ampliando os artigos 1.583 e 1.584 do referido diploma, com o propósito de proteger os interesses da criança e adolescente, garantindo aos genitores a participação ativa no desenvolvimento ético, moral, educacional e psicológico do menor.

A nova disposição do artigo 1.584, §2º do Código Civil regulamenta:

> Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2002).

Percebe-se que há uma flexibilidade do legislador para que haja melhores opções à disposição dos pais que detém o poder familiar, nessa linha, descreve Madaleno (2017, p. 424) sobre como pode ser atribuída a guarda compartilhada nessas situações:

> A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos e sigam responsáveis pelo integral desenvolvimento da prole, mesmo estando separados de fato ou divorciados, obrigando-se a realizaram da melhor forma possível suas funções parentais.

Levando-se em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da afetividade, a guarda compartilhada obriga os pais a realizar de maneira melhor suas funções para que alcancem os princípios e prerrogativas de direito da criança e do adolescente.

Nesse sentido, Dias (2011, p. 445) afirma que a ideia da guarda compartilhada é um avanço, uma vez que propicia a relação dos filhos com ambos os genitores e retira da guarda a característica de posse. Para a aplicação da guarda compartilhada, em tese, os genitores deveriam compartilhar de um consenso quanto às decisões referentes aos filhos

em comum. Entretanto, a ideia de consenso não está caracterizada nos dispositivos do Código Civil, uma vez que a previsão legal estabelece que a aplicação desta modalidade de guarda ocorrerá quando não houver consenso entre os genitores, mas ambos forem aptos para exercerem o poder familiar (BRASIL, 2002).

Sua aplicação deveria ser atribuída em decorrência do consenso parental e não de imposição judicial, como preveem as novas regras sobre a matéria. De outro modo, Madaleno (2013, p. 442) ensina:

> A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egoísta dos pais. Deve ser tido como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora tenha perdido a sua sintonia efetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de plena realização parental, ao cuidar de priorizar o fundamental interesse da prole e realizar no plano concreto a felicidade dos filhos.

Estes afirmam que para a aplicação da guarda compartilhada é necessário que os pais possuam atitudes objetivas para garantir o bem-estar dos filhos, em um ambiente familiar saudável e protetivo, cooperação, residências e horários adequados para manter a prole em um espaço tranquilo e funcional, assim como colaboração recíproca entre os genitores, servindo como parâmetros para garantir o êxito no compartilhamento da guarda e para que não seja uma realidade difícil de ser assumida.

A guarda compartilhada pode ser requerida pelas partes ou ser decretada pelo juiz, levando em consideração as necessidades específicas do filho. Ainda, o juiz sempre deverá informar as partes o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas (BRASIL, 2002).

Quanto aos períodos de convivência e as atribuições do pai e da mãe, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá se orientar através de laudos técnicos-profissionais ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (BRASIL, 2002).

5. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direito, visto que todos são iguais perante a lei. Ainda, o referido diploma prevê, em seu artigo 227, que a família deve assegurar à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

criança e adolescente, com prioridade absoluta, o direito à vida, segurança, educação etc. promovendo a sua plena proteção (BRASIL, 1988). O Estatuto da Criança e do Adolescente também concede prioridade absoluta às crianças e adolescentes, por meio dos artigos 3º e 4º, garantindo-lhes que gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da plena proteção e, garantindo também, a absoluta prioridade (BRASIL, 1990).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um exemplo de direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988, que está diretamente ligado ao direito das famílias, visto que todas as entidades familiares são dotadas de dignidade, não sendo possível conceder tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família (DIAS, 2011. p. 450). Ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, prevê em seu artigo 3º que: "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança" (BRASIL, 1990).

Este princípio é uma vertente da efetivação da doutrina da proteção integral que vincula tanto o legislador quanto o aplicador do direito, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente em diversas esferas: na interpretação das leis, nas decisões que lhes digam respeito, no deslinde de conflitos e na elaboração de futuras regras.

É também um dos principais fundamentos para decisões judiciais que dizem respeito à guarda de filhos, assim, o caso concreto sempre deve ser analisado de modo a atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, sobrepondo-se esse critério a todos os outros, sejam fáticos, sejam jurídicos.

Importante ressaltar que "não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no melhor interesse, ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o contraditório ou o do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse."

Portanto, o princípio do melhor interesse deve ser utilizado como acessório nas decisões que versem sobre direito de menores, devendo cada caso ser analisado em especial, com a garantia de que a decisão mais favorável será aplicada. Ainda, o princípio do melhor interesse deve estar em conjunto com o princípio da proteção integral, garantindo que as crianças e adolescentes gozem da vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, profissionalização, lazer e esporte de forma plena, com o objetivo de proporcionar um desenvolvimento saudável, tanto na esfera pessoal como na social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

6. Proteção integral da criança e adolescente

A doutrina da proteção integral é um corpus juris de convenções, tratados e diretrizes de proteção à infância e juventude, tanto no que se refere à proteção, como à responsabilização, com especial destaque para as Regras e Diretrizes da ONU e a Convenção dos Direitos da Criança.

A proteção integral da criança e do adolescente foi incorporada pelo art. 227 da Constituição de 1988, que foi definidor de direitos fundamentais da criança e do adolescente com aplicação imediata. Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

Vale ressaltar o disposto no art. 227 da Carta Constitucional, onde estão elencados os direitos fundamentais dos menores, destacando sua prioridade absoluta para a ordem jurídica:

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

O direito da criança e do adolescente passou a ter fundamento, então, na Doutrina da Proteção Integral, que reconheceu, pela primeira vez, as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Crianças e Adolescentes são pessoas, porém, pessoas em desenvolvimento. E, por serem pessoas em desenvolvimento, fazem jus a uma prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado. Alguns exemplos de direitos específicos que as crianças possuem são: direito ao não trabalho, direito à inimputabilidade penal, direito à convivência familiar e comunitária, dentre outros.

A doutrina da proteção integral garantiu o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, passando a titularizar direitos fundamentais. Se antes havia um "direito do menor", voltado para um público restrito, com a proteção integral passou a haver um direito da criança e do adolescente, universal e abrangente.

A doutrina da proteção integral instituiu um novo sistema de justiça, com todas as garantias formais e materiais do devido processo legal e da ampla defesa. Esse sistema de justiça incluiu a Defensoria Pública como defesa técnica da criança e do adolescente e o Ministério Público como agente de transformação social, substituindo o sistema do Código

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de Menores, que centralizava todo o poder na figura do juiz. A principal regra do sistema consiste em jamais tratar o adolescente de forma mais gravosa que o adulto.

7. A efetivação do princípio do melhor interesse na guarda compartilhada

A guarda compartilhada tem como objetivo a conservação dos mesmos laços que uniam pais e filhos antes da ruptura das relações afetivas, de forma que os desentendimentos entre os genitores não atinjam o relacionamento deles com os filhos. Maria Helena Diniz afirma que a guarda compartilhada: "assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os pais, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade."

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará segue o mesmo entendimento:

> EMENTA: APELAÇÃO CIVEL MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCESSO CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR AVÓS MATERNOS E GENITORES.PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL.SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA.SITUAÇÃO FÁTICA EXISTENTE.CONCORDÂNCIA DASCRIANÇAS E SEUS GENITORES.RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. POR UNANIMIDADE DE VOTOS - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A doutrina também coaduna com a jurisprudência em razão da prevalência do que melhor atende às necessidades do menor, sendo até preferível, quando os genitores não forem aptos a exercer o poder familiar, que essa função passe aos membros da própria família, supondo haver uma existência maior de laços afetivos, já que permanecerão dentro do mesmo convívio familiar. No entanto, essa presunção é relativa, já que existem terceiros mais presentes e participativos que parentes próximos, razão por qual a legislação também dá preferência a outras pessoas sem relação sanguínea, mas que desenvolvem relações de afinidade e afetividade com a criança ou o adolescente.

Da mesma forma, também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa coabitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido.

Por fim, a guarda compartilhada, com muita maestria, favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, proporcionando a continuidade da relação dos filhos com seus pais, sabotando da guarda a ideia de posse. Sua finalidade principal é diminuir os possíveis traumas advindos do fracasso das relações de afeto, visando sempre o benefício do menor, mantendo na família a presença de duas figuras essenciais, a paterna e a materna, que juntas, somando esforços, devem assumir e acompanhar o desenvolvimento mental, físico e social da criança.

Quando a fixação da guarda for por determinação legal, o magistrado poderá, de ofício ou à requerimento do Ministério Público, basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, que deverá visar uma divisão equilibrada de tempo entre a criança e seus genitores. É o que determina o artigo 1.584, parágrafo 3º do Código Civil:

> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
>
> § 3o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

A equipe interdisciplinar fornecerá subsídio ao juiz para a formação do seu convencimento, pois sua função consiste em trazer conhecimentos especializados ao processo, tanto de ordem técnica, científica ou prática que o julgador não está obrigado a conhecer, mas que são de extrema importância para fundamentar a decisão.

Com base nos ensinamentos de Douglas Phillips Freitas, "a perícia interdisciplinar consiste na designação genérica das perícias que poderão ser realizadas em conjunto ou separadamente em determinada ação judicial." Composta por perícias sociais, psicológicas e médicas, dentre outras que se fizerem necessárias para o subsídio e certeza da decisão judicial. Portanto, a perícia interdisciplinar é gênero da qual as demais perícias são espécies.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dada à importância da equipe interdisciplinar nos processos de guarda compartilhada, é essencial compreender a atuação dos peritos nas demandas, nesse sentido, Douglas Phillips Freitas explica:

> A perícia interdisciplinar é um dos instrumentos no conjunto probatório da ação. A produção da perícia como prova processual possui um caráter objetivo e outro subjetivo. O primeiro se deve a que o instrumental apresentará nos autos da ação um instrumento hábil e verificável, que tem por finalidade demonstrar a existência de um fato. O caráter subjetivo, por sua vez, traduz a influência psíquica que a perícia produz, pois, ao retratar e documentar uma realidade fática, ela permite às partes envolvidas não ação a apreciação da prova produzida, para que seja corroborada ou contestada.

Por fim, as divergências e diferenças presentes entre os genitores não devem ser obstáculos a afastar, de plano, a aplicação da guarda compartilhada. Nesses casos, a equipe interdisciplinar ou o profissional que já acompanha a criança ou a família podem desempenhar papel fundamental, sempre que chamados a auxiliar, fornecendo subsídios ao magistrado que deverá decidir com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante da sensibilidade que sempre envolve os casos familiares, torna-se extremamente difícil decidir sobre tais demandas. Além do mais, cada família se caracteriza por suas particularidades, trazendo dúvidas quanto ao que melhor atenda a cada uma, devendo o magistrado analisar cautelosamente o caso concreto. O papel da Equipe Interdisciplinar é extremamente importante no compartilhamento da guarda, principalmente nos casos em que não haja consenso entre os genitores. Supõe-se que um ex-casal em conflito, e estando compromissado com uma guarda compartilhada, necessita de acompanhamento profissional periódico, uma vez que, muitas vezes, o rompimento das relações afetivas acarreta rancores e cicatrizes que não se curam, ainda que o tempo passe e ainda que construam outras famílias.

Nesse sentido, o papel da Equipe Interdisciplinar também se torna extremamente importante, já que, em se tratando de Direito de Família, não existe nada de concreto, e as decisões devem ser reformuladas quando necessário, sempre em atendimento ao que melhor atender o menor.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou a pesquisa acerca do instituto da guarda compartilhada em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a sua aplicabilidade como melhor alternativa dos genitores ou como

imposição judicial. Após a alteração dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, decorrente da Lei 13.058/14, a modalidade compartilhada de guarda se tornou regra, podendo ser aplicada inclusive nos casos em que os genitores forem aptos para o exercício do poder familiar, mas não conseguem obter um consenso.

A importância do estudo funda-se na necessidade de avaliar até que ponto é possível aplicar a guarda compartilhada e garantir a eficácia do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como se a sua aplicação poderia ocorrer através de imposição judicial, mesmo em lares degradados, ou se as partes deveriam escolher consensualmente acerca da aplicação do instituto.

O problema de pesquisa consistiu na análise da aplicação da guarda compartilhada em qualquer hipótese e, ainda assim, garantir a proteção da criança e do adolescente e a eficácia do princípio do melhor interesse.

A hipótese inicialmente apresentada foi a confirmação parcial do problema apresentado, pois a igualização das responsabilidades parentais pode garantir mais bem tomadas de decisões dos pais em relação aos filhos, bem como possibilitar o diálogo entre os genitores, tornando o convívio do núcleo familiar harmonioso e saudável às crianças e adolescentes. Ainda, o exercício do poder familiar por ambos os genitores garante aos filhos a participação ativa dos pais no seu desenvolvimento ético, moral, educacional e psicológico, ampliando também o tempo de convivência.

Pelo exposto no decorrer do presente trabalho, verificou-se que a guarda compartilhada gera grandes vantagens à criança e ao adolescente, pois garante maior participação dos pais na vida da prole, amplia o contato, permite a igualdade nas tomadas de decisões, diminui a ocorrência da síndrome da alienação parental, além de possibilitar que o filho sofra em menor escala quando da separação conjugal. Todavia, a aplicação da guarda compartilhada pode gerar efeito contrário quando não atende ao bem-estar dos filhos ou não garante o melhor interesse.

REFERÊNCIAS

CEZAR-FERREIRA, Verônica da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini. Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica. Porto Alegre: Artmed, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 450

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

_____. Direito Civil. Famílias. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189-191.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 442.

_____. Direito de Família. 7 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 424.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Manual de Direito das Famílias. 8 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 445; 450.

FREITAS, Douglas Phillips. Guarda Compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: Comentários à lei 11.698 de 13 de junho de 2008. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 82.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 29 Out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm> Acesso em: 29 Out. 2021.

BRASIL. Artigo 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 30 Out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Apelação nº 2013.04138380-97. 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA. ACÓRDÃO nº 120.070. Julgado em: 28/09/2012. Disponível em: < http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=APELA%C3%87%C3%83O+CIVEL+MINIST%C3%89RIO+P%C3%9ABLICO.+PROCESSO+CIVIL+DIREITO+DE+FAM%C3%8DLIA+PEDIDO+DE+GUARDA+COMPARTILHADA+DE+MENOR+AV%C3%93S+MATERNOS+E+GENITORES&jp_search=1&site=jurisprudencia&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-8&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&getfields=*&client=consultas&proxystylesheet=consultas&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&aba=JP&lr=lang_pt> Acesso em: 29 Out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1147138 SP 2009/0125640-2, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055> Acesso em: 29 Out. 2021.

www.conteudojuridico.com.br

O PROCESSO LICITATÓRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS PANDÊMICOS

LAISA BORGES SODRÉ: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: A pandemia COVID-19 é caracterizada por crise extrema, que é definida como uma compreensão geral do valor básico ou função de sistemas sociais ameaçadores, exigindo ação urgente em circunstâncias incertas, como os gestores públicos devem estar condizentes com as novas práticas implantadas pelo governo federal durante a pandemia, este artigo analisa o emprego direto de acordo com a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 13979/2020, a fase metodológica é do tipo exploratório, objetiva-se proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito, buscando o aprimoramento de ideias (GIL, 2017).

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia. Contratação direta. Fraude. Processo Licitatório

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic is characterized by extreme crisis, which is defined as a general understanding of the basic value or function of threatening social systems, requiring urgent action in uncertain circumstances, as public managers must comply with new practices implemented by the federal government. during the pandemic, this article analyzes direct employment in accordance with Law No. 8.666/1993 and Law No. 13979/2020, the methodological phase is of the exploratory type, aiming to provide greater familiarity with the problem, with a view to making it it more explicit, seeking to improve ideas (GIL, 2017).

KEYWORDS: Pandemic. Direct contracting. Fraud. Bidding Process

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Licitação. 3. Contratação Direta. 4. Pandemia, Calamidade Pública. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 2020, o mundo começou a "experimentar" coisas sem precedentes. Pela primeira vez a mais de um século (considerando a epidemia de gripe espanhola entre 1918 e 1920), o COVID-19 trata-se de uma doença pandêmica altamente contagiosa e potencialmente fatal, que se espalha diariamente em quase todos os países do mundo, sendo seu principal vetor de transmissão em humanos.

A Constituição estipula que as administrações públicas são obrigadas a licitar para evitar o uso indevido de recursos ou outros tipos de fraude. A administração pública deve

seguir os princípios constitucionais e legais, como igualdade e princípios impessoais, e deve obedecer a esses princípios ao recrutar.

Ao analisar a Constituição Federal, é possível encontrar casos que permitem a celebração de contratos diretos, principalmente em benefício da administração pública.

Vejamos o conteúdo do artigo 37 XXI da Constituição Federal:

> Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

Nesse dispositivo, pode-se analisar se há a possibilidade de celebração de contrato sem licitação, abrindo precedente para a assinatura direta de um contrato, e se há lei especial para regulamentá-lo.

Assim, de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666 / 1993, foram estabelecidas as regras gerais das licitações e contratos, e observada a possibilidade de desistência da licitação, que se resumem em dois principais situações: renúncia e fracasso licitação executada. A dispensa ocorre quando a licitação é executória e de acordo com a lei, já inexigibilidade quando as disputas não são viáveis.

É importante observar que na Lei nº 8.666/1993, os contratos diretos podem conter algumas regras e condições, e os gestores públicos não podem fazer uso dessas regras e condições de qualquer maneira.

Com o surgimento do coronavírus e a pandemia da Organização Mundial da Saúde (OMS), uma série de publicações como decretos, leis, resoluções etc. chegaram a um contrato público, como a Lei nº 13.979/2020, que visa na redução da forma de contratação dos equipamentos e objetivando conferir mais segurança jurídica à Administração Pública, agregando novas possibilidades de retirada dos que foram expostas na Lei nº 8.666/1993, em especial as isenções previstas no art. 24, incisos I, II e IV.

Conforme mostrado, em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde-OMS declarou uma pandemia de Covid-19. No Brasil, foi editada a Lei nº 13.979/2020, que contempla a possibilidade de dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento dessa doença. Na ocasião, declarou-se situação de calamidade pública em todo país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, grande fato é que a pandemia causada pela Covid-19 trouxe uma série de mudanças que exigem uma resposta rápida e cuidadosa no processo de contratação pública.

Nesta perspectiva, o presente estudo busca abordar como a pandemia da Covid-19 afetou os cofres públicos, será abordado a teoria da contratação direta e seus aspectos, bem como a dispensa por valor, dispensa por calamidade pública, dentre outros temas importantes que vem sendo objeto de mudança nos dias atuais.

2 LICITAÇÃO

Para um melhor entendimento do artigo busca-se analisar o contexto geral da licitação.

A Administração Pública não pode simplesmente realizar contratações livremente de acordo com o princípio da moralidade administrativa e da igualdade de todos em face da contratação.

Gasparini (2012, p.532) afirmou:

> A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou mesmo vedada. A seleção da melhor proposta, feita segundo critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderem ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado, por alguns, Lei interna da licitação e do contrato.

Pode-se dizer, portanto, que licitação é um procedimento administrativo em que a administração pública utiliza esse procedimento para encontrar o melhor contrato ou contrato de prestação de serviços que garanta condições iguais para todos os concorrentes.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 37 s. XXI que, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, os serviços, as obras, as compras e as vendas serão contratadas por meio de licitação que garanta igualdade de condições com todos os concorrentes.

Nesse mesmo entendimento segue Carvalho (2015, p. 429):

> A administração pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo.

Justen Filho (2014, p.495) entende que:

> A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Finalmente, para Mello (2015, p. 532), a licitação:

> É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Portanto, após a análise percebe-se que, licitar é obter o contrato mais vantajoso com base nas necessidades públicas e resguardar os direitos de quem pretende firmar contrato com a administração pública.

O artigo 3º da Lei nº 8.666 / 93 orienta sobre os princípios que devem ser adotados no processo licitatório. Grande parte dos doutrinadores ensina os princípios do processo de licitação, que devem ser basicamente: moralidade administrativa, livre concorrência, procedimento formal, publicidade de seus atos, competitividade, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação de propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo e adjudicação compulsória ao vencedor.

Di Pietro, discorre:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Há dois pontos na Lei de Licitações que mencionam esse princípio, sendo no objetivo da licitação e na interposição dos princípios, ficando evidente que qualquer discriminação entre licitantes é proibida.

Segundo Di Pietro (2016, p.374) o princípio da publicidade:

> Diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

Assim, pode-se dizer que a função desse princípio é eliminar a discricionariedade na escolha de uma proposta, ou seja, os julgadores devem se basear em determinados critérios objetivos.

O princípio da probidade na visão de Di Pietro: "exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade"

O objetivo da licitação é sua condição de legalidade, já o objetivo do certame pode ser construção, compra, venda, concessão, permissão e arrendamento.

O processo licitatório deve ser formal, ou seja, deve estar vinculado às normas legais que regem todas as suas ações e etapas. Deve cumprir os regulamentos, avisos, convites e leis.

O princípio da competividade, é um dos mais importantes, pois a falta de competição entre os concorrentes significa que não há licitação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para doutrinadores como Mello, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório: "obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame"

O artigo 3º da Lei nº 8.666 / 93 orienta sobre os princípios que devem ser adotados no processo licitatório. Grande parte dos doutrinadores ensina os princípios do processo de licitação, que devem ser basicamente: moralidade administrativa, livre concorrência, procedimento formal, publicidade de seus atos, competitividade, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação de propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo e adjudicação compulsória ao vencedor.

Di Pietro, discorre:

> O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Há dois pontos na Lei de Licitações que mencionam esse princípio, sendo no objetivo da licitação e na interposição dos princípios, ficando evidente que qualquer discriminação entre licitantes é proibida.

Segundo Di Pietro, o princípio da publicidade:

> Diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

A Publicidade o evento é o direito de acessar os elementos, informar e decidir divulgar. Até que o envelope seja aberto e o licitante vencedor seja qualificado, o conteúdo da licitação é confidencial.

Já o Princípio do Julgamento objetivo, nas palavras de Mello (2015): "almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, pode-se dizer que a função desse princípio é eliminar a discricionariedade na escolha de uma proposta, ou seja, os julgadores devem se basear em determinados critérios objetivos.

O princípio da probidade na visão de Di Pietro: "exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade"

O objetivo da licitação é sua condição de legalidade, já o objetivo do certame pode ser construção, compra, venda, concessão, permissão e arrendamento.

O processo licitatório deve ser formal, ou seja, deve estar vinculado às normas legais que regem todas as suas ações e etapas. Deve cumprir os regulamentos, avisos, convites e leis.

O princípio da competividade, é um dos mais importantes, pois a falta de competição entre os concorrentes significa que não há licitação.

Para doutrinadores como Mello, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório: "obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame"

Além disso pode-se dizer que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é um dos princípios mais básicos que toda licitação deve ter.

Gasparini, discorre que: "nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir a licitação"

Uma vez concluído o processo licitatório, a autoridade competente, no caso a Administração Pública, está proibida de transferir o assunto para outra pessoa que não seja o licitante legalmente vencedor.

De acordo com Lucas; Santos; Peixe (2020) a realidade do caos e complexidade enfrentado pela situação pandêmica no Brasil, considera que é imprescindível a aquisição de respiradores, ventiladores pulmonares, máscaras e demais insumos voltados ao atendimento urgente de pacientes em situações graves e profissionais da saúde, decorrentes da COVID-19. Estão relacionados aos procedimentos licitatórios que surgem como ações por meio de atitudes dos gestores públicos, com a finalidade de apresentar transparência e eficiência nas aquisições realizadas pelos governos, municipais, estaduais e federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em outra perspectiva, são fatores determinantes dos efeitos decorrentes da COVID-19 que contribui para a burocratização das compras e contratações públicas. Ensina Pimenta (1998), que a Lei 8.666/1993 coloca obstáculo para o processo de melhoria na gestão de compras das entidades públicas. Em razão do demasiado grau de formalidade e uniformidade, que provoca uma demora excessiva para a realização de qualquer processo de compra. Além de se apresentar como uma forma de controle burocrático de eficácia duvidosa, face a urgência na recepção das demandas inadiáveis para ajustar toda a estruturação de saúde para atender a população (LUCAS; SANTOS; PEIXE, 2020).

Diante o caos instalado na sociedade por consequência da pandemia, destaca-se na Tabela 1 as principais alterações trazidas pela Lei 13.979/2020 e suas Medidas Provisórias posteriores quanto as medidas adotadas para a aquisição de bens e serviços governamentais durante o período emergencial da pandemia da COVID-19 em comparação com a Lei 8.666/1993 (LUCAS; SANTOS; PEIXE, 2020).

Tabela 1 – Alterações relativas à pandemia do COVID-19.

Diferenças Quanto	Lei 8.666/1993	Lei nº 13.979/2020 - Lei Coronavírus
À obrigatoriedade do Processo de Licitação	Obrigatoriedade do processo de licitação para aquisição de bem ou serviço, inclusive para insumos cotidianos da saúde pública.	Dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. (MP 926/2020).
À Transparência	Obrigatoriedade em seguir o disposto na Lei 12.527/2011, respeitando seus prazos e informações necessárias.	Imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico, contendo além das informações previstas na Lei 12.527/2011 deverão ser informadas também nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.
Às Empresas Proibidas de Licitar	Proibição completa da ação de licitar ou contratar com o Poder Público	Será possível a contratação de fornecedor que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação, caso seja comprovadamente o único fornecedor. (MP 926/2020).
Aos Estudos Preliminares	Obrigatória a elaboração de estudos preliminares no momento de planejamento da contratação	Não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.
À Forma de Pagamento	Forma de pagamento tradicional, seguindo processos financeiros,	Possível utilização também do Cartão de Pagamento do Governo.

Fonte: Brasil (1993 e 2020).

Para Ramos (2021) e de acordo com a Lei nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), destaca-se que diante do estado de calamidade pública os entes que o decretarem possuem respaldo na dispensa em atingir a meta fiscal determinada para o ano vigente, o benefício de liberação de recursos da União quando abordado Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como também a dispensa de licitação, conforme consta

no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da administração pública.

Diante o exposto, para Nóbrega; Camelo; Torres (s.d.), o que as implicações do quadro de calamidade é a constatação de que há certa incompreensão dos órgãos de normatização e de controle, justamente, sobre o caráter dinâmico que é característico ao preço. Esta falha, portanto, demonstrada pela voluntariosa pretensão de que o formato burocrático de estimativa de preços seja uma fonte plenamente fidedigna a definir o preço de contratação, notadamente em períodos de extraordinária oscilação; o que é uma presunção equivocada.

Isso tudo contribuiu para que a "pesquisa de preços" tenha se tornado um gargalo na condução dos certames, merecendo detida reflexão e construção de propostas para aperfeiçoamento das rotinas até então estabelecidas. Em períodos de pandemia, a preocupação com o formato tradicional de estimar os custos ainda se exaspera, tendo em vista fragilidades inerentes ao período excepcional vivenciado.

Em documentos recentes, é possível destacar que em situações excepcionais, no entanto, o legislador infraconstitucional admite a contratação direta, isto é, sem utilização da licitação, baseando-se nos critérios de dispensa e inexigibilidade. Ou seja, não obstante haja obrigatoriedade de realização de licitação, a Lei 8.666/93 permite haver exceções à regra de modo que a Administração poderá, sob o crivo da discricionariedade, efetuar contratações diretas. Nos casos de dispensa o procedimento de licitação deixa de ser obrigatório. Ou seja, em tese, tal procedimento poderia ser realizado, mas pela particularidade do caso o próprio legislador decidiu não o tornar obrigatório. Já na inexigibilidade, o certame não se faz viável uma vez que não há possibilidade de competição (RIBAS; SILVEIRA, 2020 apud CARVALHO FILHO 2003, p. 205).

Em contrapartida, corroborando com Flor (2020), destaca-se que mediante o que afirma Bittencourt (2014), a respeito da obrigatoriedade de licitar para contratações realizadas pelos Entes Públicos, a Licitação representa um processo anterior e compulsório, a celebração do contrato administrativo, assim como os todos os outros contratos pactuados pela Administração. Deste modo, o gestor não pode celebrar nenhum acordo anterior antes de realizar a Licitação, ou seja, não pode efetuar nenhuma contratação sem que seja privilegiada uma disputa entre os concorrentes interessados pelo objeto licitado, com a finalidade de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Por fim, Sousa (2021) transcende que em razão das realidades causadas pela pandemia COVID-19, entidades públicas experimentaram (e experimentam ainda) situações novas. Os órgãos de controle externo que atuam perante essas pessoas jurídicas passaram a vivenciara tribulações para fiscalização das aquisições e contratações realizadas durante esse período. Como exemplo desses órgãos de controle, é possível citar: Tribunais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de Contas Estaduais (TCEs), Tribunal de Contas Federal (TCU) e Ministério Público de Contas (MPC).

Ao se conceituar externalidades em mercados de compra e venda, tem-se que são os efeitos colaterais que influenciam no bem-estar do mercado. O poder de mercado e as externalidades são exemplos de um fenômeno geral chamado falha de mercado - a incapacidade que alguns mercados não regulamentados têm de alocar recursos com eficiência. (MANKIW, 2014). Considerando que a pandemia seja uma externalidade que atinge o mercado, importante analisar seus efeitos e particularidades (SOUSA, 2021).

3 CONTRATAÇÃO DIRETA

Enfrentar uma pandemia requer uma resposta rápida da administração pública. A Lei nº 8.666/1993 prevê alguns meios de retirada de licitações, para que gestores públicos possam tomar providências rápidas nas contratações, porém, se não houver finalidade pública, pode levar a comportamentos indevidos sem o apoio da administração pública podendo ser rejeitados.

No regime da Lei nº 8.666 / 93, o direito administrativo e a teoria da contratação pública não chegaram a um consenso quanto à distinção entre os incisos I e II do art. 17 e os contratos diretos abandonados previstos em licitação seletiva.

Portanto, este artigo terá como foco o Professor Jacoby Fernandes (2016, p.156), e seu manejo do problema é o seguinte:

> A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços. (FERNANDES, 2016)

Outro ponto apontado por Fernandes (2016, p.156) é que a forma de ensino do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993 difere conforme a forma de dispensa de licitação. Em face da licitação dispensada exposta no artigo 17, as instruções formais de comparecimento e de procedimento previstas no artigo 26.º não são obrigatórias, sendo as excepções previstas nos artigos 2.º e 4.º são excepcionais.

No que se refere à distinção entre imunidade e inexigibilidade, a definição prevista no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 trata das situações em que o litígio é inviável. Portanto, a administração pública deve considerar se a licitação é necessária ou inexigível, e então

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

verificar se há condições de cancelar a licitação e analisar todos os postos-chaves do processo de acordo com a lei.

O artigo 24 da Lei nº 8.666 / 1993 determina que a interpretação das exceções às regras de licitação deve ser restritiva, sendo que o legislador entende que existem 35 possibilidades de distribuição, as quais serão brevemente citadas aqui: em razão do pequeno valor; em razão de guerra ou grave perturbação da ordem; em razão de emergência ou calamidade pública; em razão de licitação deserta que não puder ser repetida; para aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, sendo limitada a R$ 33.0000,00 se obras e serviços de engenharia; para contratação de energia elétrica e gás natural; entre outros.

A premissa da Lei nº 8.666 / 1993 foi adotada antes que a covid-19 causasse a pandemia, e essa grave situação pode ser resolvida imediatamente. No entanto, em resposta a emergências, é necessário estabelecer um novo quadro regulamentar, utilizá-lo como um contrato direto, e usá-lo como um contrato direto em circunstâncias especiais, e obter as três disposições do Artigo 24, os incisos I e II (dispensas por valor) e o inciso IV (calamidade pública).

4 PANDEMIA, CALAMIDADE PÚBLICA

O mundo vive uma das mais graves crises humanas de nosso tempo, e nossos hábitos e estilos de vida precisam ser mudados de acordo com a situação. A pandemia COVID-19 atinge todos os continentes e pode cruzar as fronteiras nacionais sem passaporte, sendo considerada um desastre global e atinge principalmente a maioria dos países emergentes, incluindo o Brasil (FREITAS et al., 2020).

No início da pandemia, a falta de vacinas e medicamentos para tratar as pessoas infectadas com o vírus SARS-CoV-2 levou a medidas de isolamento, isolamento, distanciamento social e contenção da comunidade, embora essas medidas tenham terminologia.

Além do impacto direto na saúde pública, a pandemia é um problema sistêmico, cujos danos afetam a saúde, os sistemas econômico e financeiro, a educação, os serviços públicos e privados e, naturalmente, afetam indivíduos psicológicos da sociedade (FES-BRASIL, 2020).

A dispensa de emergência trouxe-lhe outro apelido: "Desastre Público". É isso mesmo, este regulamento não se aplica apenas a emergências, mas também a situações catastróficas, assim como o artigo 24, artigo IV da Lei nº 8.666 / 1993. Torres (2019, pag. 319) ensina que a lei tenta manter a validade das exigências contratuais, o que é do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

interesse público. Para o autor, se tivesse que esperar o processo de licitação, isso afetaria seu atendimento emergencial.

Este regulamento não se aplica apenas a emergências, mas também a situações catastróficas, bem como aos artigos 24 da Lei nº 8.666 / 1993. Torres (2019, p.319) ensina que a lei tenta manter-se em vigor. Cumprir os requisitos dos contratos de interesse público. Para o autor, se tivesse que esperar o processo de licitação, isso afetaria seu atendimento emergencial.

Segundo Torres (2019, p.319-320), os desastres públicos sofrerão prejuízos causados por condições anormais, o que significa que a capacidade de resposta do poder público ficará bastante prejudicada. No entanto, destacou que existem restrições condicionais a essas compras e contratos, as quais não podem inferir o prazo máximo estipulado em lei, ou seja, 180 (cento e oitenta dias), dias corridos ininterruptos, e até vedada a prorrogação do contrato, exceto para catastróficas como exposto na Lei nº 8.666 / 1993.

> Art. 24 (...) IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;" (BRASIL, 1993).

Ressaltamos que a aplicabilidade da dispensação depende de objetos que garantam a eficiência necessária para evitar riscos catastróficos, ou seja, embora a gestão pública pareça ter certo grau de liberdade de atuação, o poder público pode determinar a gestão pública os princípios da administração pública estão intimamente integrados, especialmente na cobertura da legalidade e do interesse público.

Nesta diapasão, em face as principais disputas internacionais de dispositivos médicos, o Consórcio Nordeste Contratou um distribuidor de um fabricante chinês de ventilador pulmonar. O consórcio pré-pagou 48,7 milhões de reais para a compra de 300 ventiladores na tentativa de garantir a disponibilidade desses equipamentos.

Porém, diante de atrasos e suspeitas de fraudes, o consórcio recorreu à Justiça para recuperar o investimento (CASTRO, 2020). Em março de 2021, o governador do Piauí e atual presidente do Consórcio Wellington Dias (PT) do Nordeste assinou um contrato de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

compra das doses da vacina Sputinik V. O contrato foi firmado com o Ministério da Saúde e o Fundo Soberano da Rússia, obtida além das 10.000 doses da vacina, o plano também visava fornecer vacinas no âmbito do Plano Nacional de Imunização (CONSÓRCIO NORDESTE, 2021).

Outro marco importante da FNP é o Consórcio Nacional de Vacinas das Cidades Brasileiras (Conectar). Proposta de projeto aprovada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e permitir que estados e municípios participem das negociações da vacina contra a COVID19. Nestes termos, conectar esteve em negociações com o Fundo Soberano da Rússia (RDIF) para adquirir 30 milhões de preparados de imunização, que devem ser entregues em dezembro de 2021 (FNP, 2021).

No Amazonas, em um momento crítico na luta contra a pandemia covid-19, com base no número cada vez maior de casos, o estado preconizava a falta de oxigênio para o tratamento dos pacientes (JORDÃO, 2021). O colapso da saúde pública no estado fez com que o governo federal e estados vizinhos não tivessem recursos suficientes para lidar com a situação. Diante disso, o governo venezuelano de Nicolas Maduro anunciou a entrega de 130.000 litros de oxigênio para a capital amazônica (SINGER e SCHIMIDIT, 2021).

Assim, o pano de fundo da pandemia e a situação política no Brasil criaram, finalmente, condições favoráveis, as cidades e os estados brasileiros ganharam certo grau de autonomia e passaram a participar mais ativamente dos assuntos internacionais.

5 CONCLUSÃO

O contrato direto é uma ferramenta que pode proporcionar maior agilidade no processo de compra de mercadorias, mas não pode se comportar como um agente livre devido à sua praticidade. Quando o gestor público opta por um contrato direto de compra e assinatura do contrato, ele deve primeiro avaliar todos os aspectos do objeto, principalmente para classificá-lo no enquadramento correto, de forma a evitar custos fragmentados devido ao processo e, portanto, é responsável pela agência de controle.

Deve-se notar também que este artigo não pretende ser exaustivo dos temas propostos, mas cumprir seu papel na introdução em detalhes sobre os temas relacionados à pandemia. O principal objetivo da pesquisa é fornecer opiniões críticas e analíticas

Não há dúvida de que o impacto desta grave crise mundial do corona vírus (COVID-19) teve um impacto significativo na economia e nas relações interpessoais, e em grande medida se reflete nos contratos públicos.

Desde 2019, o mundo tem sido afetado pelo coronavírus, que se espalhou rapidamente, destruindo muitos países, competindo com seus próprios governos e tomando medidas de resposta rápida. No Brasil, cabe à administração pública buscar

diretrizes eficazes para que o sistema de saúde e todos os pontos relacionados à infraestrutura possam receber os serviços primários para garantir que as emergências sejam atendidas com agilidade.

Não surpreendentemente, além de estabelecer novas hipóteses de isenção de licitações específicas e temporárias, a Lei nº 13.979 / 2020 também preconiza a simplificação, que deve ser praticada em procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

Em decorrência das oscilações ocasionadas por variações de preços (desde que existam motivos válidos), fica mais fácil apresentar documentos relativos à conformidade tributária e trabalhista (quando comprovado ser o único fornecedor) e atender aos requisitos de qualificação, quando houver no entanto, entre outras medidas, a responsabilidade pela estrutura mínima do processo de contratação não deve ser relaxada, e a devida justificação deve ser eliminada da autoridade competente.

Portanto, a atuação dos gestores públicos e dos órgãos de controle deve seguir as instruções de "os reais efeitos das decisões devem ser previstos para determinar a compatibilidade entre as escolhas feitas e os valores abstratos citados", ou seja, o binômio segurança jurídica e eficiência.

6 REFERÊNCIAS

A celebração e execução dos contratos administrativos, disponível em: < https://viannalicitacao.blogspot.com/2016/07/a-celebracao-e-execucao-dos-contratos.html>

ALVARENGA, Alexandre Andrade; ROCHA, Erika Maria Sampaio; FILIPPON, Jonathan; ANDRADE, Maria Angélica Carvalho. Desafios do Estado brasileiro diante da pandemia de COVID-19: o caso da paradiplomacia maranhense. Cad. Saúde Pública (Online) ; 36(12): e00155720, 2020.

AQUINO E, Silveira IH, Pescarini J, Aquino R, Souza-Filho JA. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. Ciênc Saúde Colet 2020; 25 Suppl 1:2423-46

ARAÚJO, Ian Felipe Costa; SILVA, Jaqueline Victória Santana. Paradiplomacia e a atuação internacional do Consórcio Nordeste durante a pandemia de covid-19. Departamento de Relações Internacionais da Universidade Federal de Sergipe (DRI-UFS). 2020.

AZEVEDO, João Pedro Rocha. Paradiplomacia do município de João Pessoa: a vida e a morte de Severina. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Relações Internacionais) - UFPB/CCSA, João Pessoa, 2017.

BENITES, Afonso. Desconfiados de Bolsonaro, governadores recorrem à China por ajuda contra coronavírus. El País, 25 mar. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020- 03-25/desconfiados-de-bolsonaro-governadores-recorrem-a-china-por-ajuda-contracoronavirus.html.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2 ed. Revista, ampliada e atualizada- Salvador. Juspodivm, 2015. disponível em: < https://dremanuelmascena.jusbrasil.com.br/artigos/437367557/licitacao-conceito-e-finalidade>

CASTRO, A. Consórcio Nordeste aciona Justiça para empresa devolver R$ 48 milhões. Diário do Nordeste, 13 de junho de 2020. https://diariodoNordeste.verdesmares.com.br/politica/consorcio-Nordeste-aciona-justica-paraempresa-devolver-r-48-milhoes-1.2955167.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Contratação direta na administração pública, Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/contratacao-direta-na-administracao-publica/ >

Contrato na Administração Pública, disponível em: < https://www.licitacao.online/contratos-administrativos> .

FLOR, J.F.O. O REGIME EMERGENCIAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. pp. 01-74. 2020.

LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#view>

Licitação, disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/11/02/licitacao/

LUCAS, J.V.; SANTOS, J.A.; PEIXE, B.C.S. Fatores Determinantes das Teorias do Caos e da Complexidade e o Efeito da Pandemia da Covid-19 no Processo Licitatório Brasileiro: um Estudo sobre a Administração Pública. XVII Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade. pp. 01-06. 2020.

NÓBREGA, M.; CAMELO, B.; TORRES, R.C.L. PESQUISA DE PREÇOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, EM TEMPOS DE PANDEMIA. Portal L&C. pp. 01-28. 2020.

O Decreto n. 9.412/18 e as hipóteses de licitação dispensável em razão do valor, Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/67713/o-decreto-n-9-412-18-e-as-hipoteses-de-licitacao-dispensavel-em-razao-do-valor >

O fiscal do contrato, disponível em: < https://www.sonoticias.com.br/opiniao/o-fiscal-do-contrato/>

RAMOS, E.M.S.R. Acesso à Informação em Tempos de Pandemia: Uma Análise em Municípios Fluminenses. Revista RASI, Volta Redonda/RJ, v. 7, n. 3, pp. 69-88, Set./Dez. 2021.

RIBAS, C.; SILVEIRA, V.E. Contratações diretas em tempos de pandemia: uma análise dos riscos e fraudes na Administração Pública. ALMANAQUE MULTIDISCIPLINAR DE PESQUISA. pp. 01-23. 2020.

SOUSA, P.P.R. COMPRAS PÚBLICAS NO CENÁRIO DA PANDEMIA SARS-COV-2: uma análise das aquisições de testes rápidos registradas pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE/PI). Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. pp. 01-36. 202.

www.conteudojuridico.com.br

A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE NOS CASOS DE ERRO MÉDICO

FERNANDA DE FÁTIMA DA CRUZ SILVA: Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES [1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo reconhecer a natureza jurídica da responsabilidade civil das operadoras dos planos de saúde nos casos de erro médicos. Compreender o sistema de saúde privado, identificar a natureza jurídica e a responsabilidade civil em casos de erro médico e analisar jurisprudências relativas a responsabilidade civil das operadoras dos planos de saúde. Inicialmente se fez necessário compreender o Sistema único de Saúde, bem como, o sistema adotado no Brasil, de acordo com a nossa Constituição Federal e os demais ordenamentos e doutrinas as quais complementam essa universo. Consequentemente, observou-se as teorias objetivas e subjetivas da responsabilidade civil, quais casos essa teoria seria aplicada, a natureza contratual das operadoras de planos de saúde, iniciando o estudo de leis especificas sobre normas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS e o Código Civil Brasileiro. Foi realizado através de pesquisa bibliográfica e tem como perspectiva responder a um problema que ainda não foi completamente sistematizado cientificamente.

Palavras-chave: Responsabilidade civil - Erro médico- Plano de saúde.

ABSTRACT: The present work aims to recognize the legal nature of the civil liability of health plan operators in cases of medical errors. Understand the private health system, identify the legal nature and civil liability in cases of medical error and analyze jurisprudence related to civil liability of health plan operators. Initially, it was necessary to understand the Unified Health System, as well as the system adopted in Brazil, in accordance with our Federal Constitution and other ordinances and doctrines, which complement this universe. Consequently, the objective and subjective theories of civil liability were observed, in which cases this theory would be applied, the contractual nature of health plan operators, starting the study of specific laws on standards established by the National Supplementary Health Agency -ANS and the Brazilian Civil Code. It was carried out through bibliographical research and its perspective is to respond to a problem that has not yet been fully systematized scientifically.

Keywords: Civil liability - Medical malpractice - Health plan.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sistema único de saúde brasileira. 2.Natureza jurídica da responsabilidade civil do médico.3. Natureza jurídica da responsabilidade civil do médico.

INTRODUÇÃO

O tema apresentado vem sendo discutindo no meio juridico por muitos anos e cada vez mais estamos diante de grandes conflitos. Pois ao acionarmos o poder judiciário devemos estar atentos aos critérios a ser utilizados para o ingresso das ações e é imprescindivel que analisemos cautelosamente o caso concreto afim de conseguirmos provimento e celeridade no processo.

Sabemos que já está pacificado que os autores das ações podem escolher na justiça se pretendem alegar no polo passivo um dos responsáveis pelos atos danosos ou se entram com a ação de forma mais abrangente.Neste caso solidariamente. Mais com relação ao erro médico, a quem essa responsabilidade será direcionada? Ao médico que praticou o ato em si, de forma direta ou a operadora de saúde? Eis uma pergunta que por muitas vezes deixam dúvidas quanto ao ingresso de ações indenizatórias ou reparadoras.

Devido ao grande número de pessoas que visam garantir um atendimento de qualidade e até mesmo, maior tranquilidade quanto a um atendimento em casos de emergência ou em procedimentos cirúrgicos que possam vir a acontecer, observamos que cada vez mais, as pessoas passaram a migrar do Sistema único de Saúde para aderir a diferentes operadoras de planos de saúde. Embora, isso não seja um fator determinante para que não haja problemas quanto a prestação desses serviços contratados, é notório verificarmos que em um universo hospitalar há toda uma equipe para que sejam feitos determinados procedimentos. Apesar disso, erros médicos existem com muita frequência e encontramos uma certa dificuldade para encontrarmos o verdadeiro responsável por esse dano, como responsabilizá-lo e de que forma podemos obter provas concretas de tais erros.

Se analisarmos a seguinte frase: "Se todo dano causado a outrem gera reparação". Logo, a responsabilidade civil deve chegar a todas as esferas, sejam prestadores de serviço de meio ou de fim. Isto é, todos devem responder pelos danos na medida de sua responsabilidade.

O presente trabalho visa discutir a natureza jurídica da responsabilidade civil das operadoras dos planos de saúde por erros médicos medidos por seus profissionais previamente cadastrados e indicados pelos respectivos planos de saúde. Pretende-se fazer um estudo de doutrinas, do Código civil, do Código de defesa do Consumidor, da Lei n° 9.656/98 que regulamenta os direitos dos usuários de planos de saúde e de jurisprudências que evidencie como isso acontece na prática.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, temos o seguinte problema: De que forma o estudo da natureza jurídica pode contribuir para a aplicação da responsabilidade civil das operadoras dos planos de saúde nos casos de erro médico na prestação de serviços oferecidos?

O artigo primeirmente abordará o funcionamento do sistema único de saúde adotado no Brasil, em especial, o sistema de saúde suplementar. Em seguida, como é feita a organização dos planos de saúde, os marcos normativos feitos em conjunto com as agencias reguladoras-ANS, analisando o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e a nossa Constituição Federal. Em um segundo momento, abordaremos a natureza jurídica e responsabilidade civil da responsabilidade do médico e por último realizamos uma análise da responsabilidade civil dos planos de saúde em caso de erro médico através de julgados escolhidos de forma aleatória tanto pelo Supremo Tribunal de Justiça como também, de jugados de Tribunais de justiça. Para isso, partiremos dos critérios legais adotados na esfera privada e o grande número de ações judiciais que envolvem esse fato, abordaremos a relação juridica entre prestador de serviços e consumidor, iniciando com o estudo de leis especificas sobre normas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS e o Código Civil Brasileiro.

O presente Projeto de pesquisa será realizado através de pesquisa bibliográfica e terá como perspectiva o método hipotético dedutivo. Este, tem o intuito de responder a um problema que ainda não foi completamente sistematizado cientificamente. E para isso, são feitos observações do objeto de pesquisa para a formulação de hipóteses a partir de suas interpretações e análises de caso.

Os instrumentos de coleta de dados da nossa pesquisa serão através de livros, artigos científicos, dissertações de mestrado e jurisprudências que envolvam a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde.

1. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRA

Em 1988, com o surgimento da Constituição Federal foi definido que a saúde faria parte de um direito de cidadania. Logo, todo cidadão teria direito a atendimento gratuito, oferecido pela rede púbica e atendido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O modelo de saúde adotado no Brasil é de um sistema misto, isto é, cabe ao Estado assegurar esse direito constitucional, contudo, admite-se expressamente no art.199 da CRBF/88 que "A assistência à saúde é livre à inciativa privada". Ou seja, apesar de o estado ser o protagonista, as operadoras de saúde também estão amparadas legalmente em oferecer planos de assistência à saúde.

Cabe lembrar que, por mais que o indivíduo opte pelo serviços de assistência de saúde da rede privada, tem garantido o seu direito de atendimento gratuito ao SUS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A princípio, os artigos referentes à saúde estavam dispostos dos artigos 196 ao artigo 200 da nossa Constituição Federal. Apesar de estarem previstos 05 artigos referentes à seguridade do direito à saúde em nossa Constituição Federal, tais artigos, não eram suficientes, pois tratava-se de diretrizes gerais sobre o direito à saúde e não diretrizes especificas a serem colocadas em prática quanto ao Sistema de Saúde. Logo, em 1990 houve a necessidade da institucionalização do SUS, isto é, foram instituídas as "Leis Orgânicas da Saúde".

As Leis Orgânicas da Saúde são: Lei 8.080/90 e a Lei 8.142/90. Podemos dizer que essa regulamentação deu-se principalmente pela pressão da sociedade para que fosse feito uma reforma sanitária.

A princípio deveria ser apenas uma lei, a Lei 8.080/90. Esta, estabelece a promoção, proteção e a recuperação da saúde, bem como, sua organização e o funcionamento de seus serviços correspondentes à saúde e dá outras providências. Cabe lembrar que todos os serviços oferecidos pelo SUS são oferecidos a todos os cidadãos e em todo o território nacional, de forma individual ou coletiva e executada por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

Ao final dos anos 90 surgiu uma segunda lei, a Lei 8.142/90. Esta, veio para complementar a lei anterior a fim de sanar todas as lacunas deixadas, principalmente com relação à participação da comunidade na gestão do SUS e sobre a transferências intergovernamentais na área da saúde e dá outras providências. Por fim, poderíamos dizer que o Sistema único de Saúde adota os seguintes princípios doutrinários: Universalidade, Equidade e Integralidade.

Apesar de toda normatização da saúde e de todas as diretrizes serem pautadas nesses princípios, uma grande parte da população brasileira vem buscando cada vez mais a adesão da saúde suplementar para que obtenham melhores atendimentos e até mesmo, a garantia desse atendimento. As grandes filas de espera aos atendimentos no sistema de saúde público e porque não dizer as infinitas e intermináveis falta de profissionais e falta de especialistas que possam atender a tratamentos médicos que tanto necessitam.

Com imensa procura de atendimento e o crescente aumento da população ocasionou uma demanda muito maior do que o sistema poderia receber e naturalmente houve um grande crescimento de operadoras de saúde a fim de oferecer seus serviços. Consequentemente, cada vez mais asseguradoras ou operadoras de saúde empresas voltadas a atender especificamente a essa população.

As operadoras de saúde são instituições que podem ser formadas por empresas, cooperativas médicas, sociedades filantrópicas, auto-gestões (associações de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

empregador ou associações lacto sensu que oferecem planos de saúde para seus associados ou clientes).

Apesar da grande ampliação desses serviços e grande aceitação por parte da população em buscar esse tipo de serviço, é crescente as reclamações ao poder judiciário a fim de garantir o direito no que determina o Código de Defesa do Consumidor e as reclamações por parte de seus consumidores são constantes. Diante dessa grande procura, o governo através de seus agentes reguladores visando satisfazer a população e garantir que esses serviços fossem ofertados de forma segura e para isto, foram estipulados diversas previsões legais.

1.1.Regulamentação dos serviços das operadoras de saúde

Primeiramente, a regulamentação se dava pela Superintendência de Seguros Privados- SUSEP, e as operadoras que não possuíam uma regulamentação específica, ou seja, criavam seus próprios contratos, e estipulavam de forma autônoma os direitos e deveres da relação "prestadores de serviços e beneficiários". Com o passar dos anos, foi necessário que fizesse uma releitura sobre essa forma de prestação de serviços, surgindo assim, a Lei N° 9.656/98, conhecida como a Lei dos Planos de saúde, a qual trouxe um rol de procedimentos e eventos em saúde com cobertura obrigatória. Em um segundo momento, se fez necessário a criação de uma agencia regulamentadora do governo, logo, o governo criou a Agência Nacional da Saúde- ANS. Esta, deu-se principalmente pelo grande crescimento da adesão de planos de saúde e de grandes problemas com o cumprimento do interesse público, a fim de evitar práticas abusivas inclusive entre prestadores de serviço e beneficiários pela Agência Nacional da Saúde.

A ANS é a responsável pela previsão legal desde o que as operadoras de saúde devem oferecer minimamente em seus contratos através de análises de novas tecnologias, métodos e procedimentos novos a serem oferecidos, bem como a segurança do paciente e custos de efetividades e isto se deu a princípio pela lei 9656/98 citada anteriormente e que atualmente toda a previsão legal contida nessa lei é editada há cada 02 anos pela ANS.

A Lei 9656/98 foi a primeira lei que regulamentou o setor privado de saúde, trouxe desde a obrigatoriedade da prestação do serviço, o conceito de urgência, emergência (doença e risco mediato ou definitivo). A ANS estabelece desde períodos máximos de carência até diretrizes que assegurem o beneficiário quanto ao tratamento de qualquer patologia descrita na CID - Código Internacional de doenças, o reembolso de coberturas e em determinados casos, assegurar a continuidade do plano de saúde em caso de planos coletivos por exemplo em caso de demissão da empresa ou aposentado assegura também, a manutenção do plano de saúde em caso de morte de beneficiário a seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dependentes. Outro fato importante é que, a ANS regulamenta esses casos através de Resoluções normativas e em casos de lei omissa.

Mesmo diante todas as diretrizes e órgãos reguladores, cabe-nos fazer o seguinte questionamento: Por que há cada vez mais ações judiciais de responsabilização civil quanto às operadoras dos planos de saúde e de seus profissionais? Estamos realmente seguros quanto à prestação desses serviços?

1.2 O Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9656/98 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O Código de Defesa do Consumidor, as operadoras de saúde são pessoa jurídica de direito privado, sendo fornecedoras ou prestadoras de serviços de assistência à saúde. Logo, deve ser subordinadas ao CDC juntamente com a Lei 9.656/98.

Segundo as próprias palavras de Nothini (2014)

> A operadora de planos privados de assistência à saúde é responsável tanto pela escolha dos seus locais de atendimento (hospitais, clínicas, etc.) quanto por seus profissionais credenciados. Desta forma, fornece ao beneficiário uma lista discriminada dessa rede conveniada (locais de atendimento e profissionais), para que esses possam exercer o seu direito de usufruir do serviço ora contatado através de consultas, exames, dentre outros. Portanto, não há dúvidas de que a operadora torna-se responsável pela qualidade dos serviços prestados, tendo em vista que a mesma procede à escolha de quem/qual será conveniado a ela, e apenas presta a informação desses aos seus beneficiários. (NOTHINI 2014, p. 3)

De acordo com o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar- IESS, NAB n° 62, a adesão de novos planos de saúde apresenta números cada vez mais crescentes, chegando a um total de 39,5 milhões desde agosto de 2021.

A Resolução Normativa 465, de 24 de fevereiro de 2021 entrou em vigência no dia 01 de abril de 2021 e lista as coberturas obrigatórias que deverão ser minimamente oferecidos aos beneficiários do plano de saúde. Dentre eles estão: procedimentos, tratamentos, exames e todos os medicamentos que devem estar cobertos por todas as operadoras de saúde. Cabe lembrar que o entendimento majoritário do Tribunal Superior de Justiça-STJ é que, essa listagem da ANS é meramente ilustrativa, isto é, minimamente provido pelo plano de saúde, frisando inclusive que o que realmente vale é a prescrição médica. Tais procedimentos estabelecidos independem de ações judiciais já que se encontram expressamente no rol da ANS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com dados do site do IDEC no ano de 2021- Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor os planos de saúde são líderes de reclamação junto aos órgãos de defesa do consumidor. Diante desse crescimento, podemos verificar que os números de demandas judiciais também está proporcional, de um lado, os planos de saúde alegam que devem cada vez mais ampliar novos procedimentos e consequente isso exige um número maior de profissionais da saúde para isto. Portanto, é comum a prática de aumentos abusivos por parte das operadoras de planos de saúde aos seus beneficiários. Em contrapartida, mesmo com os grandes aumentos repassados a seus beneficiários, continua o crescente número de novas judicializações com relação ao erro médico.

De um lado, os beneficiários buscam ter maior segurança ao contratar um plano de saúde privado que possam suprir suas reais necessidades e assegurá-los de um melhor atendimento e confiança quanto aos responsáveis pelo seu atendimento. Na prática, podemos verificar que não há grande diferenciação quanto a qualidade dos serviços oferecidos pelos SUS, dos serviços oferecidos pelo Plano de saúde suplementar. Diante isso, cada vez mais, há uma certa divergência quanto aos critérios de objetividade e subjetividade que serão levados em conta quanto ao critério de responsabilidade civil.

O cidadão diante de falhas no atendimento, e em especial, em caso de erro médico surge a seguinte pergunta: A quem cabe a responsabilidade? Ao médico que o atendeu? A falta de apoio a recursos que deveriam estar de acordo com o especificado como ofertas mínimas aos seus beneficiários? ou caberia a responsabilidade somente aos planos de saúdes?

2. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O termo responsabilidade sempre foi um assunto bastante discutido e delicado, pois o critério utilizado sempre teve grande divergências, pois de acordo com cada momento histórico houve a consideração de alguns fatores referentes a própria respectiva época.

Nos tempos mais remotos, o dano causado a outrem geraria consequências graves, pois adotava-se o que era previsto na lei de Talião. Nesta visão, o dano causado era reparado através da vingança, isto é, o causador do dano também responderia ao mesmo com a mesma moeda.

A sociedade primitiva reagia com a violência. O homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico. "O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça" (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 24).

Conforme o tempo foi passando percebeu-se que poucas vantagens eram adquiridas dessa forma, então começaram a pensar em outros modos de compensação

pelo dano causado e não apenas vingança. Logo, no direito romano, surgiu da *Lex Aquilia*, que seria a reparação feita de modo a atingir o patrimônio do agente, caindo em desuso o ato de vingança antes praticado.

Outro momento importante foi o Código de Napoleão, por volta dos anos de 1804 com a declaração dos direitos fundamentais do homem como cidadão de forma individual e a teoria das constituições. Em seguida, tivemos a teoria da teoria do risco que trouxe a ideia moderna sobre a responsabilidade civil, que passou a influenciar o nosso código civil brasileiro.

Segundo Gonçalves (2020), todo fato social que acarrete um prejuízo deve ser amparado pela responsabilidade civil. Logo, podemos classificar a responsabilidade civil, o meio pelo qual encontramos de forma eficaz a reparação de um direito violado, ou seja, a consequência jurídica patrimonial. Já para Bonini, (2015) O Código Civil adota o princípio geral da culpa para caracterizar a responsabilidade civil, sendo pressuposto para a imposição do dever de indenizar a reprovabilidade do comportamento tido pelo agente, quando a expectativa do corpo social e mesmo do ordenamento jurídico era outra. (BONINI, 2015. p.159)

Diante desses dois conceitos podemos perceber critérios extremamente divididos e que de certa forma vão constantemente para ações judiciais e que por muitas vezes são analisadas de diferentes ângulos e posicionamentos. Se pensarmos que a responsabilidade civil pode ser interpretada pelo dano teremos um posicionamento. Se analisarmos que a responsabilidade civil deve ser evidenciada pela conduta de quem praticou o ato veremos outro resultado totalmente diferente.

Vale lembrar que, a responsabilidade civil é uma transgressão civil preexistente de uma norma civil, que pode ser contratual e legal. Para isso, devemos observar as classificações dessa responsabilidade e levarmos em consideração que o nosso sistema admite uma responsabilidade dualista, uma de natureza subjetiva e outra objetiva.

Na visão de Coelho (2012), a função da responsabilidade civil:

> São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato *ilícito* e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos *lícitos*, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva. (COELHO 2012, p. 269)
>
> (...)Tanto a responsabilidade civil subjetiva como a objetiva cumprem a função de compensação. Seja na hipótese de dano causado por culpa do devedor, seja na de imputação de responsabilidade por ato lícito, a função da regra constitutiva do vínculo obrigacional é transferir do patrimônio do devedor para o do credor bens que neutralizem o prejuízo por este último experimentado. O cumprimento da obrigação de indenizar reconduz o credor à condição anterior ao evento danoso. A função compensatória visa reequilibrar o que o prejuízo desequilibrou (...)
>
> (...)A função da responsabilidade civil, assim, é compensar o credor do vínculo obrigacional, seja recompondo prejuízos patrimoniais na mesma medida, seja assegurando-lhe aumento no patrimônio em contrapartida à dor moral experimentada. (COELHO 2013, p. 23)

Diante de tantas definições importantes, cabe-nos perceber em quais critérios essa responsabilidade deve ser analisada e em que situações cada critério pode ser estabelecidos para que o magistrado possa admitir ou rejeitar o processo proposto. Vejamos mais critérios de diferenciação sobre essa responsabilidade, que pode ser entendida pela teoria objetiva e teoria subjetiva.

O código civil brasileiro, em seus artigo 186 e 927 nos remete o conceito de dano e ato ilícito de acordo com o Princípio da responsabilidade. In verbis:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De acordo com essa responsabilidade civil subjetiva, conhecida também pela nomenclatura de "ilícito próprio ou ilícito puro", deve estar presentes os elementos imprescindíveis como: omissão, negligência ou imperícia. Logo, parte-se de uma percepção

de culpa, isto é, a partir de um direito violado foi gerado um dano, e para que esse dano seja indenizado é essencial que se prove o dano causado.

Para Cavalieri Filho (2012), esses são os pressupostos da responsabilidade subjetiva:

> Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia"; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões "violar direito ou causar dano a outrem". Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. Os pressupostos aqui examinados são comuns à responsabilidade contratual, com a única peculiaridade de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.44)

Embora trata-se de um tema de difícil atendimento, é comum a Lei Processual Civil brasileiro que o juiz imponha ao médico o ônus da prova. Adotando-se o Princípio da vulnerabilidade, o que justifica o conceito de hipossuficiência técnica e financeira do paciente, neste caso, consumidor e de verossimilhança de suas alegações.

Vejamos o que Venosa (2013) fala sobre esse princípio da vulnerabilidade:

> A lei do consumidor veio, portanto, facilitar sobremaneira os reclamos de maus serviços médicos, matéria que ainda não ganhou a dimensão esperada nos julgados justamente porque o acesso à Justiça era sumamente dificultado pela manutenção dos princípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> tradicionais da responsabilidade civil subjetiva. (VENOSA, 2013, p.176)

Mas cabe lembrar que, deve-se levar em consideração o caso em concreto e para isso, se faz necessário analisar cada julgado para estar em consonância quanto a que tipo de responsabilização deve ser aplicado.

A responsabilidade objetiva tem como finalidade de reparar o dano causado a outrem independente de dolo ou culpa. E para que haja a obrigação a indenização basta estar presente alguns elementos indispensáveis, como: ato ilícito, dano e nexo causal.

De acordo com o artigo 187 do código civil, observamos que outro termo é utilizado para essa responsabilidade objetiva, como "abuso de direito e ato ilícito impuro". Vejamos o que esse artigo dispõe:

> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Essa teoria está diretamente ligada a uma responsabilidade contratual, isto é, o descumprimento de um dever legal já previsto em lei. Sendo necessário apenas que tenha sido gerado um dano a vítima dentro desses preceitos legais.

> Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua, risco para os direitos de outrem.

No art. 927, parágrafo único do Código Civil de forma clara faz referência à teoria do risco, isto é, quando o profissional assume o risco de acordo de acordo com a atividade por ele desempenhada que pode gerar um dano em decorrência de sua função. Dentre essa teoria do risco, podemos verificar quatro subespécies: teoria do risco-proveito; teoria do risco criado, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A responsabilidade civil no Brasil quanto ao erro médico e o erro médico admite 03 tipos de ações; Ação indenizatória (Danos morais e materiais), Ação disciplinar (processo administrativo pelo CRM) e ação criminal.

O dano moral seria um dano extra patrimonial, sendo levado em consideração danos físicos e psicológicos. Já o dano material é caracterizado pelo dano patrimonial (lucro cessantes e lucros emergentes). Já o dano estético seria um dano físico comprovado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com o Código de ética Médica é vedado ao médico uma ação ou omissão que cause: negligência (não agiu com atenção/esqueceu- anamnese), imprudência (assumiu o risco) e imperícia (realizar procedimento sem segurança do que fazer/sem especialização). Embora o mero agir de forma culposa, não gere condenação, o ato precisa gerar dano ao paciente para que esse profissional seja condenado. Portanto, se seguirmos com esse raciocínio de negligência, imprudência e imperícia, podemos dizer que ao realizar esses ato, o médico pode cometer alguns danos, dentre eles: dano material, dano estético e dano moral.

Conforme os artigos 402, 950, 186 do Código Civil sobre o dano material, a lei garante não só o dano emergente como o lucros cessantes, e dependendo do tamanho do dano material pode ser pedido inclusive uma pensão vitalícia. Esse dano, requerer de provas e se faz necessário documentos que o comprove.

Segundo Diniz (2007):

> O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de completo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre a sua capacidade laborativa. (DINIZ, 2007, p.80)

Nesse caso, devemos verificar os casos que foram julgados (iguais ou semelhantes), fazer uma pesquisa doutrinária e ponderar os valores e fixar o valor do dano estético.

O Dano moral com relação do dano estético não se faz necessário a produção de prova na propositura da ação, pois trata-se de um dano moral *in re ipsa*, isto é, a pessoa que sofreu um erro médico já por si só já tem presunção da verdade, pois ele ofende a dignidade da pessoa humana, este previsto no art. 1°, III da Constituição Brasileira Federal.

Podemos dizer que, tanto o dano estético quanto o moral seguirão o mesmo padrão para a fixação dos valores almejados.

O Médico deve ter clareza de seus atos e esclarecer de forma sistematizada ao paciente, e o artigo 6° do CDC e do Conselho de ética Médica- CEM no art.13 mostra claramente que é de obrigação médica o dever da informação, desde os medicamentos que foram prescritos, os riscos desse medicamento, quais as melhores opções de tratamentos para determinada doença, tempo de recuperação e os riscos de qualquer cirurgia e pós operatório. Outro fato importante é alertar a seus pacientes possíveis efeitos adversos e intercorrências. Tais requisitos trazem segurança ao paciente e finalmente o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

consentimento para dar continuidade ao tratamento médico específico. Caso isso não seja devidamente esclarecido por parte do profissional da saúde, pode acarretar infração ética e consequentemente responsabilidade civil objetiva.

Se entendermos que todo e qualquer procedimento feito pelo médico é uma prestação de serviço, podemos dizer que, a não prestação do serviço, gerará uma responsabilidade. Quanto a isto, podemos dizer que há duas obrigações médicas: a obrigação de meio e a obrigação de resultado.

A atividade médica de modo geral é vista como uma atividade de meio e como tal, não pode ser responsabilizada de acordo com atividade de resultado final. Isto é, por apresentar uma responsabilidade profissional de risco para que o mesmo seja responsabilizado profissionalmente deverá ser verificado os meios empregados pelo profissional de forma criteriosa. Para tal, adota-se a Teoria da culpa, prevista tanto no art.186 do Código Civil quanto no art.14, §4° do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

De acordo com tais artigos, verifica-se que, para que haja a responsabilidade devem estar presentes alguns pressupostos essenciais, como o dolo ou a culpa. Isto é, de responsabilidade civil subjetiva. Sendo levado em consideração o ato médico no caso em concreto. Nos casos em que o médico omitir por falta de condições de trabalho estará também amparado legalmente, pois está amparado pelo CFM. In verbis:

Segundo o Conselho Federal de Medicina, capitulo 11, inciso IV, é direito do Médico:

> IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará com justificativa e maior brevidade sua decisão ao diretor técnico, ao Conselho Regional de

> Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

Quanto a obrigação de resultado, está diretamente ligado a procedimentos estéticos e que tem por finalidade alcançar determinado fim. E se por ventura o paciente que não obtenha o resultado esperado, será presumido erro advindo de obrigação de resultado.

Para Rui Stoco (1995, p. 289):

> (...) o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado.

O termo erro médico muitas vezes pode ser confundido com o erro do médico. O erro médico pode ser um erro cometido por qualquer profissional da área da saúde, seja enfermeiros, médicos, hospital, clínica etc. Diante desse erro avaliamos a imprudência, negligencia e imperícia. Já o erro do médico é uma ação feita pelo próprio médico.

Os danos causados por erro médico, é feito um estudo para provar que houve de fato um erro e para isto, são admitidas provas orais (depoimentos pessoais e testemunhais) e documentais.

As provas documentais são divididas em: prova documental em sentido estrito (laudos, relatórios e exames); perícia; prova de inspeção judicial e ata notarial. Tanto as provas orais quanto as provas documentais podem ser usadas em ações iniciais ou em contestações de defesa.

A Teoria do risco-proveito, como o próprio nome diz, deve arcar com eventuais prejuízos causados a outrem, já que o mesmo tem grande proveito econômico

A Teoria do risco criado já adota o critério de indenizar porque qualquer atividade gera risco.

A teoria do risco administrativa, essa responsabilidade é gerada pela conduta que causou danos pela administração pública. (Art. 37, §6° CF)

A Teoria do risco integral é de responsabilidade objetiva e não admite excludentes de responsabilidade e o dano deve ser ressarcido de modo integral. (art. 938 effusio et dejectis).

O termo "Responsabilidade Civil" visa estabelecer o equilibrio e o cumprimento de indenizar a outrem por um determinado fato, que ocasione um dano. Seja este, através de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

um dano em um negócio, ato ou fato que necessite de reparação. Por vários momentos históricos, a demonstração dessa responsabilização previa que fossem feitos exames da culpa por parte do agente lesado, afim de colher provas desses fatos ou atos que gerassem o dever de indenizar. O ônus da prova neste caso, se tornou extremamente dificil e por deveras inviável.

> APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AGRAVOS RETIDOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MÉDICOS. DANOS MORAIS DEVIDOS. 1. Agravo retido. Mostra descabido o chamamento ao processo dos médicos que realizaram os atendimentos, porquanto não vislumbrada nenhuma das hipóteses prevista no art. 77 do CPC. 1.1. Legitimidade passiva da operadora do plano de saúde, na medida em que se discute suposto erro cometido por profissionais credenciados, no âmbito do seu estabelecimento (Pronto Atendimento e Hospital) devendo garantir o tratamento adequado e a qualidade dos serviços prestados. Precedentes. 2. O plano de saúde, na qualidade de prestador de serviços, responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores. Contudo, a responsabilidade do médico, profissional liberal, é apurada mediante a verificação da culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, na esteira do art. 14, § 4º, do CDC, cabendo ao autor comprovar os requisitos da responsabilidade civil, que são o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal entre o ato e o dano causado. 3. Hipótese em que restou evidenciado o agir culposo dos médicos, que deixaram de realizar exames complementares a fim de identificar o iminente infarto agudo do miocárdio que veio a se consumar logo após a alta médica. Peculiaridades do caso concreto. 4. Dano moral caracterizado. Agir ilícito da réu que ultrapassa o mero dissabor. Quantum indenizatório fixado em observância às peculiaridades do caso e com o fim de assegurar o caráter repressivo e pedagógico da indenização, sem constituir-se elevado bastante para o enriquecimento indevido da parte autora. 5. Juros moratórios. Incidência da data da citação, por se tratar de relação contratual. Correção monetária a contar do arbitramento (Súmula 362 do STJ). 6. Prequestionamento. Desnecessidade de manifestação explícita, pelo julgador, de todos os argumentos e dispositivos legais invocados pelas partes. AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS. APELAÇÃO PROVIDA, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO. (Apelação Cível Nº 70060983525, Quinta Câmara Cível, Tribunal de

> Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 24/09/2014) (TJ-RS - AC: 70060983525 RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 24/09/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/09/2014)

Nesse caso, foi levado em consideração quanto a responsabilidade subjetiva do médico, comprovando que não houve por parte do profissional o cuidado quanto possível dano ao paciente sem a exigência de exames clínicos.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO EM EMERGÊNCIA DE HOSPITAL CREDENCIADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO. AUTORA APRESENTOU FERIMENTOS COM VIDRO NA MÃO, NECESSITANDO TOMAR PONTOS. PERSISTÊNCIA DO QUADRO DE DOR. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO. CACO DE VIDRO NÃO RETIRADO. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA QUE SE MANTÉM EM R$ 5.000,00. MANUTENÇÃO DO DECISUM. 1. Sobre a relação estabelecida entre as partes incidem as normas protetivas contidas no Código de Defesa do Consumidor, em virtude da perfeita adequação aos conceitos de consumidor (art. 2º), fornecedor (art. 3º, caput) e serviço (art. 3º, § 2º), contidos na Lei 8.078/90; 2. *In casu*, a paciente compareceu ao setor de urgência de hospital credenciado à ré em razão de ferimentos com cacos de vidro na mão. Realizada limpeza e sutura, a paciente permaneceu quase quatro meses com dores até retornar ao nosocômio, quando foi constatada a permanência de cacos de vidro em sua mão, sendo realizado novo procedimento para retirada dos corpos estranhos; 4. Responsabilidade objetiva da operadora do plano de saúde, prevista no art. 14, caput, do CDC, com base no defeito na prestação do serviço, razão pela qual basta a demonstração do fato, do dano e do nexo causal, não tendo a ré apelante comprovado nenhuma das causas excludentes de sua responsabilidade, como fato exclusivo da vítima ou de terceiros ou de caso fortuito ou força maior; 5. Conjunto probatório que demonstra o fato, o evento danoso e o nexo de causalidade, apto a ensejar a compensação por danos morais; 6. Quantum arbitrado pelo juízo sentenciante que se revela compatível com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, sem perder de vista o caráter reparador, punitivo e pedagógico da sanção, observando-se ainda a condição financeira das partes envolvidas e as peculiaridades

> inerentes ao caso concreto; 7. Sentença que se mantém. Negado provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. (TJ-RJ - APL: 00123979820198190203, Relator: Des(a). LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO, Data de Julgamento: 24/02/2021, VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/02/2021)

Neste acórdão, é claramente evidenciado a falta de dever de cuidado do médico quanto a sua tomada de decisão. Pois, o mesmo não poderia de forma alguma ter se ausentado de sua responsabilidade quanto aos procedimentos esperados por parte desse profissional.

É importante salutar que o dano moral em especial, leva-se muito em consideração a possibilidade do réu e ela serve não apenas para efeitos de indenização, mas também para efeitos de punição ou caráter educativo.

3. RESPONSABILIDADE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Os planos de saúde atendem diversas modalidades, como: plano de saúde individual, familiar, coletivo, empresarial e auto gestão. Neste último, de acordo com enunciado do verbete da súmula 608 do STJ afasta a relação de consumo envolvendo o paciente e o plano de saúde, não sendo aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Em via de regra adota-se uma responsabilidade solidária, na qual estão no polo passivo: plano de saúde, médico e hospital. A responsabilidade objetiva estaria: operadora de plano de saúde e o hospital. Por outro lado, o médico estaria de acordo com o art. 14, §4° do CDC tendo por consequência responder pela teoria da responsabilidade subjetiva.

Vejamos o que dispõe os artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

> III - a época em que foi fornecido.
>
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
>
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.
>
> § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

É importante frisarmos que independentemente do médico estar em condição de prestador de serviço, seja funcionário ou não ele responderá por seus atos, bastando apenas que o mesmo possua um vínculo com o hospital. E para que o médico esteja no polo passivo, se faz necessário provas da culpa do profissional para que se faça a propositura da ação.

> APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AGRAVOS RETIDOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MÉDICOS. DANOS MORAIS DEVIDOS. 1. Agravo retido. Mostra descabido o chamamento ao processo dos médicos que realizaram os atendimentos, porquanto não vislumbrada nenhuma das hipóteses prevista no art. 77 do CPC. 1.1. Legitimidade passiva da operadora do plano de saúde, na medida em que se discute suposto erro cometido por profissionais credenciados, no âmbito do seu estabelecimento (Pronto Atendimento e Hospital) devendo garantir o tratamento adequado e a qualidade dos serviços prestados. Precedentes. 2. O plano de saúde, na qualidade de prestador de serviços, responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores. Contudo, a responsabilidade do médico, profissional liberal, é apurada mediante a verificação da culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, na esteira do art. 14, § 4º, do CDC, cabendo ao autor comprovar os requisitos da responsabilidade civil, que são o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal entre o ato e o dano causado. 3. Hipótese em que restou evidenciado o agir culposo dos médicos, que deixaram de realizar exames complementares a fim de identificar o iminente

> infarto agudo do miocárdio que veio a se consumar logo após a alta médica. Peculiaridades do caso concreto. 4. Dano moral caracterizado. Agir ilícito da réu que ultrapassa o mero dissabor. Quantum indenizatório fixado em observância às peculiaridades do caso e com o fim de assegurar o caráter repressivo e pedagógico da indenização, sem constituir-se elevado bastante para o enriquecimento indevido da parte autora. 5. Juros moratórios. Incidência da data da citação, por se tratar de relação contratual. Correção monetária a contar do arbitramento (Súmula 362 do STJ). 6. Prequestionamento. Desnecessidade de manifestação explícita, pelo julgador, de todos os argumentos e dispositivos legais invocados pelas partes. AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS. APELAÇÃO PROVIDA, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO. (Apelação Cível Nº 70060983525, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 24/09/2014)

É sabido que, cada vez mais, há uma relativização quanto aos critérios do exame da prova e que o fator culpa com relação ao erro médico vem perdendo espaço, pois a hipossuficiencia técnica ou a verossimilhança das alegações, favorecem a parte mais frágil dessa relação.

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO – NÃO COMPROVAÇÃO DA CULPA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE E DA CLÍNICA – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS – POSSIBILIDADE - RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO – RECURSO DA RÉ PROVIDO. 1. - Em regra, a obrigação do profissional médico é de meio, e não de resultado. Ou seja, ele não assume a obrigação de alcançar o resultado desejado, mas, sim, a de prestar os seus serviços de forma diligente, utilizando as técnicas necessárias e os recursos de que dispõe com o objetivo de proporcionar ao paciente todos os cuidados essenciais à obtenção do resultado almejado. 2. - Consoante o disposto no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor/prestador de serviço pelos danos causados ao consumidor, em regra, será objetiva, ou seja, é desnecessária a existência da culpa. 3. - Excluída a responsabilidade do profissional médico pelo dano do paciente, resta afastado o nexo de causalidade necessário à responsabilização

> da operadora do plano de saúde e da entidade hospitalar onde foi realizado o procedimento. 4. - A Lei n. 1.060/1950 não exime o beneficiário da assistência judiciária gratuita da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais; apenas prevê a suspensão da exigibilidade de tal imposição por um prazo determinando e mediante condição específica. 5. - Recurso do autor desprovido. Recurso do réu Ailton de Araújo Cerqueira Clínica de Cirurgia Plástica provido. (TJ-ES - APL: 00284419520018080021, Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 02/09/2014, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/09/2014)

Nesse caso, o Tribunal de Justiça levou em consideração uma das excludentes de responsabilidade. Isto é, o médico tem por obrigação o cumprimento de sua obrigação de meio e não de fim.

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.641.837 - SP (2019/0377814-3) RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE: SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA ADVOGADO: RAQUEL DI DONATO LOURENÇO - SP390355 AGRAVADO: V C R (MENOR) AGRAVADO: A B C - POR SI E REPRESENTANDO ADVOGADO: LUIZ ARTHUR PACHECO - SP206462 DECISÃO Trata-se de agravo apresentado por SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA, contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea c, da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, assim resumido: Consumidor - Plano de saúde - Ação de Indenização - Falha na prestação do serviço, cabalmente comprovada - Responsabilidade objetiva da operadora de plano de saúde - Danos morais configurados - Ofensa a honra e a integridade física da Autora - Quantum reduzido em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para o importe de R$ 8.000,00 - Correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora desde a citação - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido. (fl. 377). O recorrente colaciona paradigma a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial sobre a inexistência de ato ilícito a ensejar dano moral. É o relatório. Decido. No que concerne ao recurso especial, na espécie, incide o óbice da Súmula n. 284/STF, uma vez que a parte recorrente deixou de indicar com precisão quais dispositivos legais seriam objeto de dissídio interpretativo, o que atrai, por conseguinte, o enunciado da citada súmula: "É inadmissível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, "uma vez observado, no caso concreto, que nas razões do recurso especial não foram indicados os dispositivos de lei federal acerca dos quais supostamente há dissídio jurisprudencial, a única solução possível será o não conhecimento do recurso por deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF" (AgRg no REsp n. 1.346.588/DF, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe de 17/3/2014). Ademais, não foi comprovada a divergência jurisprudencial, uma vez que não cumpridos os requisitos legais dos arts. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e 255, § 1º, do RISTJ. Nesse sentido, os seguintes julgados: AgInt no AREsp 1.339.575/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 2/4/2019; AgInt no REsp 1.763.014/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19/12/2018; AgInt no REsp 1.696.707/MG, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 12/3/2018; e AgRg no REsp 1.683.470/AP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 31/10/2018. Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em desfavor da parte recorrente em 15% sobre o valor já arbitrado nas instâncias de origem, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão de justiça gratuita. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 17 de fevereiro de 2020. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Presidente (STJ – A REsp: 1641837 SP 2019/0377814-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 28/02/2020)

De acordo com entendimento já pacificado na Súmula 469 do Superior Tribunal Federal, o plano de saúde por estar em uma relação de prestador de serviços e desenvolve uma atividade empresarial, deve responder objetivamente aos danos causados, observando o que dispõe o Código o Consumidor.

CONCLUSÃO

De acordo com o entendimento do STJ verificamos várias jurisprudências a qual é evidente o seu posicionamento quanto a responsabilização das operadoras de planos de saúde de forma solidária e objetiva, pois trata-se um contrato de prestação de serviços os

quais a própria operadora possui um rol de profissionais, médicos e hospitais conveniados para que o beneficiário seus atendimentos. E para que se configure a responsabilidade por erro médico por parte do Médico se faz necessário a comprovação técnica legal de autoria certa, gerando obrigação de indenizar se comprovado "erro grosseiro" verificando questões bastante conhecidas como: a imprudência, negligência e imperícia e que geraram dano a outrem.

De acordo com CDC os planos de saúde por ser fornecedores, devem responder pelos defeitos de suas prestações. Logo, o dano causado ao consumidor caberia a responsabilização ao: plano de saúde, hospital/clínica e aos profissionais credenciados. As operadoras responderiam de forma objetiva e essa relação quanto a responsabilização interna, se daria como responsabilidade subjetiva/interna, cada um dos envolvidos responderiam nos limites de sua ação/culpa. As operadoras de planos de saúde respondem portanto, pelo erro médico de seus profissionais credenciados devido ao risco associado a atividade desenvolvida pela operadora, pois o contrato entre credenciados e beneficiários são convencionados diretamente com as operadoras.

A ANS a fim de fiscalizar e verificar a aplicabilidade das normas legais vem avançando quanto as adequações que a saúde suplementar deve seguir e vem buscando cada vez mais a participação não só das operadoras, mas também a participação de beneficiários desses planos, para que todos façam partes desse processo.

Infelizmente o número de ações envolvendo planos de saúde é crescente e que o número é cada vez maior de pessoas procurando atendimento, e consequentemente o governo é incapaz atender toda a demanda. Logo, novas operadoras vem aparecendo para ofertar esses serviços.

Sabemos que há um grande caminho a percorrer para que diminuam as demandas judiciais quanto ao erro médico e para que tenhamos um avanço na qualidade de prestação de serviços. Portanto, cabe aos planos de saúde avaliarem corretamente os profissionais para que seja feita o seu credenciamento a fim evitar riscos a seus beneficiários, verificando corretamente suas especialidades, a oferta de hospitais equipados para o atendimento correto a fim de evitar o dever de indenizar.

Com relação aos julgados analisados até aqui, podemos verificar que a natureza da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde não nos traz grandes novidades quanto a responsabilização civil, pois os valores indenizatórios, multas e questões disciplinares estão bem aquém do caráter pedagógico a fim de evitar futuros erros médicos. Pois dependendo do ocorrido, as multas e indenizações são irrisórias se compararmos com os danos causados. O que dificulta inclusive o aprendizado por parte dos planos de saúde em se importarem com essas situações de indenização versus lucro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Alvaro Villaca. **Curso de direito civil**: *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 13. ed. - Sao Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BONINI, Paulo Rogério. **Responsabilidade Civil***: Responsabilidade Civil por ato ilícito*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 06.10.2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: Acesso em 05.10.2021.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio de. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, vol.2**: Obrigações: *Responsabilidade Civil.* 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. v.7. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

Disponível em: <https://iess.org.br/biblioteca/periodico/nab/62a-nab> Acesso em:18 out.2021.

Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf> Acesso em 23 out.2021.

GIL, Antonio Carlos *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** v.4: *Responsabilidade Civil*. 15ª edição. Editora: Saraiva, 2020.

MAZZON, J. A. **Análise do programa de alimentação do trabalhador sob o conceito de marketing social.** 1981. Tese (Doutorado). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981.

NOTHINI, Ana Carolina da Silveira. **A Responsabilidade Civil das Operadoras de Saúde por erro Médico credenciado**.2014. 16 f. Tese de dissertação de mestrado. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

PRODANOV, Cleber Cristiano, ERNANI **Metodologia do trabalho científico**: *Métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*, 2ª. Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

STOLZE, Pablo ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil** – volume único. 4ª. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

VADE MECUM JUSPODIVIM, Salvador: Jus Podivim, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil***: Responsabilidade Civil*. v.4. 13ª.ed. SãoPaulo: Atlas, 2013.

NOTA:

---

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATÓLICA) e do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado.

www.conteudojuridico.com.br

O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO (PJE) : UMA ANÁLISE DE SEUS IMPACTOS EM MEIO AO PERÍODO PANDÊMICO.

LARA ZACARIAS MARTINS: Graduanda pelo Centro Universitário Una, Campus: Betim Mg.

CAIO CÉSAR PEREIRA DA SILVA

(orientador)

RESUMO: Esta pesquisa tem como finalidade analisar os impactos da plataforma de processo judicial eletrônico (PJE), em meio a pandemia denominada COVID-19. Apresentando suas caracteristicas e demonstrando sua eficacia no perido implementação do *Home-Office,* validando os benefícios produzidos aos operadores do direito, de modo que dispuseram continuidade ao tramite processual de forma remota. A metodologia aplicada tem embasamento em pesquisas bibliograficas por meio da legislação vigente, material impresso como livros, revistas cientificas, teses e dissertações.Opta-se pela modalidade qualitativa tendo em vista a apresentação da temática em torno da legislação juridica e dos ensinamentos doutrinários.

Palavras-chaves: Processo Judicial Eletrônico (PJE); Pandemia; COVID-19;

Home-Office. **ABSTRACT:** This research aims to analyze the impacts of the electronic judicial process platform (EJP) in the midst of the pandemic known as COVID-19. Presenting its characteristics and demonstrating its effectiveness in the period of implementation of the *Home-Office,* validating the benefits produced to legal operators, so that they could continue the procedural process remotely. The methodology applied is based on bibliographic research through current legislation, printed material such as books, scientific journals, theses and dissertations. The qualitative modality is chosen in order to present the theme around legal legislation and doctrinal teachings.

Keywords: Electronic Judicial Process (EJP); Pandemic; COVID-19;

Home Office.

1. Introdução

A sociedade passa por tempos de incertezas, de distanciamento social e isolamento, ocasionando um impacto grotesco na vida das pessoas e na economia mundial. O Governo decretou estado de calamidade no país (decreto legislativo n°6 de 2020) e assim, diversos profissionas ,incluindo os operadores do direito, alternaram os métodos e meios aos quais,

via de regra, não erão comuns e de utilização cotidiana, visto que os processos não estão suspensos, tão somente os seus prazos (processos físicos).

Os advogados, são indispensáveis à administração da justiça, conforme descrito na Constituição da República de 1988, em seu artigo 133. Portanto, são partícipes deste novo cenário e devem possibilitar que seus clientes resolvam seus conflitos desenvolvendo novas tecnologias e adaptando seus locais de trabalho para audiências e atendimentos on-lines, praticando uma advocacia atenta e participativa (BRIDI, *et al.*,2020).

Para passar por este período de mudanças, a legislação sofreu diversas alterações no intuito de adaptar o seu funcionamento ao isolamento social. Assim, os Poderes Judiciário Federal e Estadual estão em constante busca por ferramentas que possibilitam a prestação jurisdicional (CNJ,2016).

Desta forma, a tecnologia vem sendo crucial para a solução dos problemas causados pela pandemia do COVID-19, e as ferramentas já existentes, como o PJE. Este, instituído pela Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006, é a grande ferramenta que vem contribuindo para que o judiciário não paralise.

Suas funcionalidades disponíveis, durante o trabalho remoto (*in home*), mostram-se de grande valia e eficiência para advogados (as), servidores publicos, operadores do direito em geral. Visto que, estes puderam incorporar esta prática, para manter suas atividades de forma online e sobreviver (BRIDI, *et al.*,2020).

A partir daí, estabeleceu-se uma nova dinâmica no ambiente Juridico.Esta a qual, o presente trabalho, irá abordar de forma obejtiva os impactos da plataforma digital PJE, buscando argumentos plausivéis para comprovar sua eficacia em meio a pandemia denominada como : " COVID-19".

2. A criação e objetivos do Processo Eletrônico Judicial (PJe)

O PJE é uma plataforma digital desenvolvida pelo CNJ em parceria com diversos Tribunais e conta com a participação consultiva do Conselho Nacional do Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Advocacia Pública e Defensorias Públicas (CNJ, 2016).Segundo Chaves Junior, 2016 o processo eletrônico tornou-se o maior fenômeno da informatização do Judiciário. Acredita-se que, a razão da afirmativa de que, a expectativa maior da sociedade é quanto ao impacto do processo eletrônico nos tempos de trâmite processual.

Destaca-se, que o acesso ao judiciário e a interação da sociedade com este meio fica mais fácil e convidativo estando disponível dentro de sua residência (ROVER,2016). Com esta ferramenta, o processo torna-se um aliado do juduciario gerando novas formas de ingresso ao sistema, bem como contribui com a efetividade do processo e sua celeridade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

por existirem maiores facilidades dentro do processo para ingressar com uma causa (PEREIRA , 2016).

Atualmente a tecnologia está em todo o lugar que vivemos, sendo um pilar da sociedade moderna, devendo o direito basear-se nos avanços sociais para trazer inovação para o modernismo processual, assim a Lei 11.419/06 trouxe a tramitação dos processos em meio eletrônico.

A respeito do processo judicial eletrônico Marcelo Mesquita Silva (SILVA, 2012, p. 13), vejamos:

> O processo eletrônico visa à eliminação do papel na tramitação das mais diversas ações, afastando a tradicional realização dos atos mecânicos, repetitivos, como o ato de protocolar uma inicial, a autuação do processo, a numeração de folhas. Acaba a tramitação física dos autos a distribuição para a secretaria (ou cartório), desta para o gabinete do promotor ou do magistrado, e a necessidade de cargas dos autos. Facilita a comunicação dos atos processuais com a intimação de advogados e de partes, realizada diretamente no sistema Agiliza a confecção de mandados, ofícios, publicações, expedição de precatórias cartas de ordem e outros.

Filho (2012) explica que com o aumento de conflitos e a necessidade de um Judiciário mais rápido e eficaz, o meio eletrônico apresenta-se como adequado e eficaz para enfrentar esta situação. Assim, fica claro que com um processo eletrônico os impactos nos procedimentos serão mais satisfatórios em meio a uma onda de clamor social para um judiciário célere e efetivo em seus atos e decisões.

O PJE é, resumidamente, o sistema de processo eletrônico responsável pelo CNJ para implantação em todo o Judiciário nacional (ROTTA, *et. al*,2016). O seu objetivo principal, tal como descrito na página virtual do CNJ (2018), é "manter um sistema de processo judicial eletrônico capaz de permitir a prática de atos processuais [...]independentemente de o processo tramitar na Justiça Federal, na Justiça dos Estados, na Justiça Militar dos Estados e na Justiça do Trabalho". Ou seja, o CNJ vislumbra o PJE como a solução única para todo o Judiciário, em todas e quaisquer instâncias.

3. RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE Nº 022, DE 09 DE ABRIL DE 2020

3.1. Dos protocolos de segurança

Tornam-se publicas as recomendações das medidas de segurança, com vistas a garantir as condições sanitárias e de proteção social para fazer frente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

às necessidades emergenciais da população diante da pandemia da COVID-19 (CNS,2020).

Considerando que o Documento "Diretrizes Para Diagnóstico e Tratamento da Covid-19" do Ministério da Saúde, publicado em 07 de abril de 2020, apresenta as principais evidências sobre o assunto, das quais relacionam-se de forma direta com o presente trabalho, vejamos:

a) A única estratégia reconhecida até o momento da publicação n°22/2020 para prevenir a infecção é evitar a exposição ao vírus, dando a total possibilidade da implementação do trabalho em "Home Office";

b) No momento atual não há vacina disponível;

c) Preconiza-se o isolamento imediato de todos os casos suspeitos e confirmados e que se implementem os procedimentos recomendados de prevenção e controle de infecções de acordo com os protocolos locais;

d) Que as estratégias de contenção e mitigação (ou diminuição) poderão ser adotadas com vistas a minimizar a propagação exponencial da doença, diminuir a sobrecarga sobre os sistemas de saúde e evitar mortes, conforme projeções recentes. (CNS , 2020).

3.2. Aos Municipios

A Recomendação N° 22, Conselho nacional de Saude, 2020, instrui que reforcem, ou implementem, as medidas que possibilitem o afastamento social, e que não permitam aglomerações de pessoas, como forma de diminuir a disseminação do coronavírus e evitar o colapso do Sistema de Saúde.

4. A implementação do Teletrabalho (*Home-Office*)

De acordo com a SOBRATT - Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (2019, online), teletrabalho é : "O teletrabalho pode ser definido como uma espécie do gênero trabalho à distância, no qual a prestação de serviços pelo empregado se dá preponderantemente fora da sede da empresa, por meio da utilização de computadores e outros meios eletrônicos de comunicação".

A medida provisória 927 de 22 de março de 2020, surgiu com o propósito de regrar as relações de trabalho enquanto durar o estado de calamidade, flexibilizando regras e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

implementando medidas. Dentre elas estão o teletrabalho. Como transcrito em seu Art.3°da MP 927/2020, que dispõe:

> "Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:"
>
> I - o teletrabalho;

Não foram necessários muitos meses de trabalho remoto para que os profissionais (as) e todos envolvidos ao meio juridico, percebessem que atuar em *home-office* vai muito além de levar o trabalho para a casa (BRIDI, *et al.*,2020).

Contudo, é preciso que o escritório, fóruns, procuradorias e outros, tenham estrutura digital eficiente e, mais do que isso, uma cultura organizacional que favoreça o engajamento e a produtividade mesmo fora do ambiente de trabalho (OIT, 2013).

Segundo Nilles (1997), a percepção do *home-office*, pode ser entendida de diferentes formas entre os profissionais.Para alguns perfis de profissionais, o trabalho remoto parece vantajoso, mas para outros não. Por isso, a adesão deste,nem sempre foi um ponto pacífico entre diferentes tipos de profissionais do direito e a solução encontrada por muitos foi manter o espaço de trabalho aberto para aqueles que necessitavam ou preferiam. Naturalmente, o uso do espaço físico de trabalho precisava atender todos os protocolos de segurança, além de claro, as restrições impostas pelos Municípios e pelos Estados.

5. Do Processo Judicial Eletronico (PJe): Impactos Positivos e Negativos em meio a pandemia do COVID-19

5.1. Disponibilidade

O PJE é virtualmente acessível 24 horas por dia por meio de um computador com Internet. É grande a diferença dos autos físicos, que, em grande parte, só podiam ser consultados no forúm e de forma presencial, apenas no horário e nos dias de seu funcionamento (CNJ, 2016).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2016), a disponibilidade contínua do PJE tem possibilitado a magistrados o despacho de demandas mesmo fora do horário de expediente, possibilita as secretarias dar andamento aos processos e evitando vários deslocamentos que podem ser resolvidos em casa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A ferramenta PJE contribui de forma direta para a continuidade processual de muitos processos que precisam de andamentos, sejam eles urgentes ou não (CNJ,2016). Atualmente, através da platarmos que em conjunto com a assinatura digital do servidor público para efetivar sua validade, possibilitou que as pendecias judiciais fossem sanadas sem sair de casa, já que no atual momento eram respeitadas as regras do isolamento social. Como também, foram criados meios alternativos no PJE para que audiências pudessem acontecer e não fossem canceladas, estas aconteceram por meio de videoconferencia com todas as partes, advogados, juizes e conciliadores em suas casas , evitado com que os processos mantivessem estagnados.

5.2. Celeridade

A existencia do PJE como sistema informático permite delegar ao computador tarefas puramente mecânicas, despidas de caráter intelectual (CNJ,2016). De fato, o computador bem programado é mais preciso do que qualquer ser humano na execução de tarefas desse tipo. Há vários exemplos, no âmbito do direito processual civil, de como o PJE proporcionou consideráveis ganhos de tempo, por causa dessa informatização, possibilitou a continuidade do andamento processual, como:

> a) Eliminam-se as juntadas manuais: a existência dessa eliminação, as juntadas não sofreram uma parada com a pandemia, podendo os advogados e servidores públicos continuarem suas demandas
>
> b) Desaparecimento do procedimento para publicação em diário oficial. Todos os despachos, decisões e sentenças são imediatamente disponibilizados para consulta pública assim que assinados eletronicamente pelo juiz, através do trabalho em home office;
>
> c) Os prazos processuais podem ser contados pelo próprio sistema. Após o decurso destes, a conclusão ao juiz ou o arquivamento podem ser feitos de pronto, sem intervenção manual. Diminuindo as chances de erros na contagem dos prazos e os consequentes prejuízos às partes (PEGORARO,Junior,2015, p.165-185).

d) Porém, durante o inicio pandemia os prazos foram suspensos por vários meses, entretanto, o mesmo não impediu que os servidores durante o trabalho *home-office*, cumprissem as determinaçôes que eram de sua responsabilidade de maneira celere através do PJE.

5.3. Acessibilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Resolução CNJ nº 354/2020 foi publicada em 19 de novembro de 2020. Ela define sessão por videoconferência como comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias.Esta, notávelmente foi uma das vantagens ligadas ao PJE em meio a pandemia, gerando de certo modo acessibilidade de forma rápida e sem contato fisico. Reduzindo de forma brusca idas aos fóruns.

Com a publicação da Resolução CNJ nº 341/2020, em 7 de outubro, fica determinado aos tribunais brasileiros a oferta de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19

Levando em consideração que a acessibilidade discutida a seguir não é a que esta prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas sim em seu significado da língua portuguesa que é a facilidade de acessar ou de aproximação de algo. Sabendo disso, o sistema PJE possibilita o de forma facil , que os acessos aos processos pelas partes,advogados e servidores públicos por meios eletrônicos (computador, celulares, tablets etc), diminuindo bastante as idas e vindas aos fóruns.

Após o início da pandemia, essa acessibilidade foi de suma importância para o trâmite processual porque todos puderam seguir com o andamento processual em *home office*, levando o sistema judiciário investir mais ainda no PJE para facilitar mais ainda o acesso à certos documentos, que só poderiam ser retirados nos fóruns, entretanto através da plataforma poderiam ser vistos e revisados de forma remota, com o mesmo intuito de proteção da saúde da população em geral.

5.4 Desvantans do PJE

Em nome da completude, discrimina-se também o que apontamos como defeitos apresentados pelo PJE. As principais críticas a ele direcionadas podem ser atribuídas a seu acesso exclusivo via computador e às dificuldades inerentes à informatização, fenômeno ainda relativamente recente e ainda não integrado à vivência de todos os operadores do direito (CNJ,2016).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como principal objetivo analizar os impactos sofridos em meio a pandemia (COVID 19) pelo judiaciario, e como, a plataforma digital PJE contribuiu para que o tramite processual continuasse em andamento.

A implantação da plataforma em tese, demonstrou ser o melhor recurso para se enfrentar a crise gerada pela COVID-19, para que os processos não fossem suspensos por um todo, e o sistema judiciário pudesse girar. E mesmo apresentando devantagens quanto a erros esporáticos do sistema ou dificuldade de acesso inerente, deve-se ressaltar que em decorrência da instituição do PJE e de sua evolução ao longo dos anos tornou-se possível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a continuidade do trabalho prestado pelo meio juridico, que deu continuidade a resolução dos litigios mesmo em meio à pandemia.

Cabe ressaltar, que especialmente no contexto da pandemia da COVID-19, a possibilidade da realização do trabalho remoto (*home-office)* colaborou de forma direta, evitando aglomerações, assim contribuindo para o isolamento social, preservando a vida das partes envolivdas nos processos judiciais e de seus famíliares, bem como, da sociedade como um todo, dado o alto potencial de contágio do vírus em questão.

Assim, após a "crise pandemica", algumas práticas aprendidas poderão ser mantidas, dentre elas o trabalho de forma remota, as audiências por videoconferência, valendo destacar a nova realidade advinda do exercício da advocacia em *home-office*.

Vislumbra-se a possibilidade de surgimento de uma nova categoria de relação associativa entre escritórios e advogados e advogadas: o surgimento do trabalho prestado à distância, facilitando a inserção, principalmente dos recém inscritos na OAB ao mercado de trabalho.

Com isto, poderão surgirem novos postos de trabalho e ainda emergir uma nova categoria de relação interpessoais, uma vez que, a necessidade do deslocamento e tempo despendido para tanto, poderão ser substituídas por essa nova modalidade de atendimento, que, certamente chegou para ficar.

RERÊNCIAS

BRASIL. Medida Provisória nº 927, 22 de Março de 2020. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo,Brasilia,DF, 22 de março de 2020.Seção 1, p.1

BRASIL. Recomendação nº 22, 09 de Abril de 2020. **Conselho Nacional de Saúde**, Poder Executivo,Brasilia,DF, 09 de Abril de 2020.Seção 1, p.1

BRIDI, Maria Aparecida; Fernanda Ribas Bohler ; Alexandre Pilan Zanoni. Relatório técnico-científico da pesquisa: **o trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia Covid-19**. Curitiba: UFPR, GETS, REMIR, 2020.

CHAVES, J ; José Eduardo Resende. **Elementos para uma teoria do processo em meio reticular-eletrônico**. In: ROVER, A. J. (Org.). Engenharia e Gestão do Judiciário Brasileiro: Estudos sobre E-Justiça.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ avalia PJe 2.0 e discute ajustes antes da expansão**, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ avalia PJe 2.0 e discute ajustes antes da expansão**, 2016.

FERREIRA, Mário César. **Qualidade de Vida no Trabalho: Assistencialista e hegemônica**. LPA: Brasília/DF, 2011.

PEGORARO, P. R.; TESHEINER, J. M. **O Tempo do Processo e o Processo Eletrônico. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**, Madrid, v. 9, p. 165- 181, setembro 2015.

ROTTA, Maurício et. al.. **O processo judicial eletrônico e a aceleração processual**. In: ROVER, A. J. (Org.). **Engenharia e Gestão do Judiciário Brasileiro: Estudos sobre E-Justiça**.Florianópolis: Deviant, 2016.

PEREIRA, S. Tavares, KRAMMES, Alexandre Golin. **Processo Judicial Eletrônico e Agentes Automatizados**.In: ROVER, A. J. São Paulo, 2016.

SOBRATT, Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades. **Home Office Brasil 2020**: Resultados. 4°. ed. São Paulo: SOBRATT, 17 dez. 2020. Disponível em: https://www.sobratt.org.br/. Acesso em: 15 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ESTUDO DE CASO: UMA REFLEXÃO SOBRE A REPERCUSSÃO GERAL Nº878/911 RJ DO STF ACERCA DO VÍCIO DE INICIATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO E SUA APLICABILIDADE

MÁHBIO ALVES GOMES: Graduando Direito pela Faculdade Serra do Carmo FASEC - Palmas - TO.:

RESUMO: O princípio da tripartição dos poderes rege o mecanismo de freios e contrapesos da relação e atuação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Cabe a cada um desempenhar sua função dentro da esfera de atuação limitada e harmônica em que se encontram no âmbito jurisdicional. Ao Poder Legislativo cabe tipicamente a propositura de leis. No processo legislativo das casas legislativas, os senadores, deputados e vereadores devem atuar com base nas hipóteses previstas nas Constituições Federal, Estadual e em leis orgânicas. Há situações em que há a proposição de leis que são vetadas por inconstitucionalidade, pois incorrem em vício de iniciativa. Para tanto deve se observar rigorosamente as proposições para que determine se esta se enquadra em vício de iniciativa. Com base nisto, o objetivo deste estudo é apresentar um entendimento do Supremo Tribunal Federal que por meio da repercussão geral nº 878/911 do Estado do Rio de Janeiro teve como finalidade desprender de uma prática empregada pelo Poder Executivo de aplicar vetos aos projetos de Lei, anunciando sua inconstitucionalidade por vício de iniciativa, e observar a correlação da repercussão geral nº 878/911 na sua aplicabilidade nos processos legislativos da Câmara Municipal de Palmas, Estado do Tocantins, em 2021. Na pesquisa de caráter bibliográfico considerou-se que, apesar de haver um entendimento do STF, a Procuradoria do Município de Palmas ainda justifica o veto de iniciativa de leis a julgados similares ao da repercussão geral. Sendo uma interpretação restritiva de um novo paradigma utilizado atualmente em que a observação coerente do artigo constitucional é preponderante sobre o veto por inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Câmara Municipal de Palmas; Inconstitucionalidade; Processo legislativo.

ABSTRACT: *The principle of the tripartite division of powers governs the mechanism of checks and balances of the relationship and performance among the Executive, Legislative and Judiciary Branches. It is up to each one to perform its function within the limited and harmonic sphere of action in which they find themselves in the jurisdictional sphere. The Legislative Branch is typically responsible for proposing laws. In the legislative process of the legislative houses, senators, deputies and councilmen must act based on the hypotheses foreseen in the Federal and State Constitutions and in organic laws. There are situations in which laws are proposed and vetoed on the grounds of unconstitutionality, since they are vitiated by initiative. To this end, the propositions must be rigorously observed in order to determine whether they are vitiated by a defect in initiative. Based on*

this, the objective of this study is to present an understanding of the Federal Supreme Court that through the general repercussion No. 878/911 of the State of Rio de Janeiro had the purpose of releasing from a practice employed by the Executive Branch to apply vetoes to bills, announcing their unconstitutionality by addiction to initiative, and to observe the correlation of the general repercussion No. 878/911 in its applicability in the legislative processes of the City Council of Palmas, State of Tocantins, in 2021. In the research of bibliographical character it was considered that, despite there being an understanding of the STF, the City Attorney of Palmas still justifies the veto of initiative of laws to judgments similar to the general repercussion. This is a restrictive interpretation of a new paradigm currently used in which the coherent observation of the constitutional article is preponderant over the veto for unconstitutionality.

Keywords: *City Council of Palmas; Unconstitutionality; legislative process*

INTRODUÇÃO

O processo legislativo faz parte das ferramentas do Poder Legislativo para desempenhar sua função na propositura de leis. É evidente que a tramitação do projeto de lei e de outros atos devem pautar-se conforme as normas constitucionais, legais e regimentais pertinentes à questão. Um controle inicial deve merecer a atenção de todos quanto à competência do Poder Legislativo para tratar da matéria que é objeto da proposição.

No âmbito municipal, a Câmara de vereadores é a responsável para a deliberação sobre assuntos de competência municipal, e, dentro da faixa atribuída e assegurada ao Município, a Câmara somente deve atuar no círculo que lhe for reservado.

Partindo deste pressuposto, conforme a Constituição Federal, há iniciativa de projetos que são de competência exclusiva do Poder Executivo, de forma que a iniciativa do Poder Legislativo em tais hipóteses previstas na Constituição Federal e em leis orgânicas configura em vício de iniciativa sendo, portanto, inconstitucional.

Existe um entendimento atual entre uma parte significativa de vereadores de que eles não podem propor leis nas sessões legislativas que gerem custos ao município, que criem despesas ao município, por vício de iniciativa. Entretanto, a repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (STF) do caso em tela entende que pode sim o Poder Legislativo propor matérias que criam despesa ao Poder Executivo pois não resulta em uma iniciativa exclusiva do Poder Executivo a propositura de tal lei. É comum nas Câmaras Municipais ser devolvido projetos com matérias idênticas ao caso com vetos do executivo por entender ser inconstitucional.

Com base na repercussão geral nº 878/911 RJ do STF à luz do vício de iniciativa do legislativo municipal, o objetivo deste estudo é apresentar processos legislativos da Câmara Municipal de Palmas, Estado do Tocantins, em 2021, cujo entendimento do Poder Executivo municipal de Palmas e veto se opõem ao entendimento do STF.

Para tanto, num primeiro momento será apresentado sobre a separação dos poderes e a função legislativa. O segundo capítulo trata do processo legislativo, sua função e o mecanismo, assim como o vício de iniciativa no Poder Legislativo. E no terceiro apresenta-se repercussão geral nº 878/911 RJ do STF apontando casos em que o Poder Legislativo pode propor matérias que onerem o Poder Executivo, bem como os processos legislativos da Câmara Municipal de Palmas, Estado do Tocantins, que vão de encontro ao entendimento do STF.

O percurso metodológico consiste numa revisão bibliográfica mediante utilização da doutrina, revistas jurídicas, periódicos e artigos, bem como da jurisprudência, normativas e processos legislativos.

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FUNÇÃO LEGISLATIVA

O princípio da tripartição dos poderes, cláusula pétrea da Carta Magna, limitou o poder do Estado através de um mecanismo de freios e contrapesos decorrente da atuação de três poderes harmônicos e independentes entre si, o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, de modo que apesar da divisão tripartite nenhum Poder se sobrepõe ao outro a fim de garantir o exercício da democracia (BRASIL, 1988).

Acontece que não existe uma independência absoluta e nem funções específicas de cada Poder, visto que há as funções típicas e atípicas. O sistema de freios e contrapesos busca manter o equilíbrio entre os poderes evitando ações arbitrárias entre os mesmos (SILVA, 2006, p.110).

A origem histórica da separação dos poderes provém da Antiguidade clássica, na qual defendia-se os ideais de liberdade e de segurança jurídica sendo que o principal objetivo de um modelo tripartite de poderes era salvaguardar os diferentes interesses da comunidade e assim promover um "controle institucional entre os órgãos governamentais". "A necessidade de controlar o governo e limitar o exercício do poder político sempre foi um fato notadamente marcante no desenvolvimento da teoria política moderna". No decorrer da história a limitação do exercício do Poder do Estado foi ganhando força e demonstrando sua eficácia possibilitando mudanças institucionais em governo de todo o mundo que tiveram como base o modelo de separação dos poderes no qual cada um tem sua competência (LOIS, 2009, p. 07).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao Poder Executivo cabe executar as leis conforme as normas vigentes, administrar os interesses públicos e propor planos de ação. No âmbito Federal a competência pelo Poder Executivo é do Presidente da República e dos Ministros, no âmbito Estadual, os Governadores, e no Municipal, os Prefeitos. Ao Poder Judiciário cabe interpretar as leis e julgar conforme o regramento Constitucional, sendo representado por Ministros, Desembargadores e Juízes. E ao Poder Legislativo compete exercer a função de legislar e assim regular as relações sociais de indivíduos com o Estado, através da elaboração de leis e de fiscalização dos atos do Poder Executivo. Assim, o processo legislativo é essencial para o desempenho da função legislativa seja no âmbito federal por meio de senadores e deputados federais, estadual, pelos deputados estaduais, ou municipal pelos vereadores (BRASIL, 1988).

> O **Poder Legislativo** tem como função congregar os representantes políticos que estabelecem a criação de novas leis. Dessa forma, aos serem eleitos pelos cidadãos, os membros do legislativo se tornam porta-vozes dos anseios e interesses da população como um todo. Além de tal tarefa, os membros do legislativo contam com dispositivos através dos quais podem fiscalizar o cumprimento das leis por parte do Executivo. Sendo assim, vemos que os "legisladores" monitoram a ação dos "executores (RAINER, 2021, p. 02).

Conforme Lois (2009), o surgimento do Poder Legislativo decorreu de controlar e limitar os desejos do monarca na Inglaterra no período medieval, onde o rei elaborava as leis sozinho. Com a "função legislativa" foi possível que o Parlamento interferisse diretamente com o veto, sendo posteriormente designado ao Parlamento a criação de leis. Fato este que foi imprescindível para a consolidação da teoria dos três poderes formulada por Montesquieu na obra Do Espírito das Leis em 1748.

Apesar de ter sido um avanço para o mundo jurídico das ações estatais, a teoria da separação dos poderes não apresentou instrumentos suficientes para a organização do Estado e controle do Poder Legislativo. Assim, a Constituição Norte-Americana vislumbrou o mecanismo de freios e contrapesos, com base na experiência própria de governo, a fim de balancear o controle e as limitações desenvolvidos pelos poderes. Surgindo assim, os princípios constitucionais democráticos com a limitação das funções entre os poderes e suas funções típicas e atípicas, caso necessário (LOIS, 2009).

Os membros do legislativo, seja Federal por meio do Congresso Nacional, estadual e distrital através da Assembleia Legislativa e Câmara legislativa, respetivamente, e no âmbito municipal por meio da Câmara Municipal, realizam sua função de legislar através do processo legislativo cujas regras básicas são previstas na Constituição Federal e que devem ser observadas pelos Estados-Membros e municípios

por meio de leis orgânicas, sob pena de atuar de forma inconstitucional quando não garantido os preceitos básicos da espécie normativa.

> A elaboração das leis deve observar rigorosamente as regras prescritas na Constituição Federal de 1988, pois disciplinam a vida em sociedade de uma maneira em geral. A inobservância das regras do processo legislativo culmina a inconstitucionalidade formal das leis (SUCH, 2015, p. 13).

A elaboração de leis é uma das funções essenciais do Estado Democrático pois regula a sociedade em geral. De modo que, uma vez que há a instabilidade do Poder Legislativo culminará na instabilidade dos Poderes Executivo e Judiciário, sendo essencial para o interesse comum.

A função legislativa é uma função típica e primordial do Poder Legislativo pois é responsável pela produção de leis. Para Valenzuela (1993, p.138), a função legislativa é uma "função jurídica que consiste em derramar em textos curtos, claros, precisos e coerentes o que o costume ou o querer ser de uma nação instituiu ou pretende instituir como norma para reger a conduta ou as relações individuais ou coletivas".

Conforme a Constituição Federal a função fiscalizadora legislativa consiste na fiscalização das áreas orçamentária, operacional, patrimonial, contábil e financeira seja com pedido de informações, participação em comissões especiais de investigações e em convocação de funcionários e servidores. O Legislativo municipal exerce a função julgadora quando é necessário julgar o prefeito e vereadores por atos políticos-administrativos (SILVA, 2006).

1.1 Governo Municipal

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o município passou a ser um ente federado com autonomia política, financeira e administrativa. O que instituiu dois poderes locais de governo, os Poderes Legislativo e Executivo, que por meio de eleição direta elege prefeitos e vereadores (FRANCO, 2013).

O Poder Legislativo municipal é representado pela Câmara de Vereadores. As atribuições das Câmaras são determinadas por Leis Orgânicas que o próprio município promulga. A constituição da casa é feita por eleição na qual os cidadãos escolhem os vereadores para cumprirem mandatos de quatro anos. O número de vereadores a serem eleitos observam os critérios da Constituição Federal que se baseia na quantidade de habitantes, sendo proporcional. Dentre as funções do Poder Legislativo municipal está a função administrativa, legislativa, julgadora e de assessoramento (SILVA, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O município legisla efetivamente e suas leis têm o mesmo nível das leis federais e estaduais, desde que versem sobre assuntos de interesse local, ou seja, desde que estejam no âmbito de sua competência. Afirma-se, portanto, que não há lei superior ou inferior; há lei pertinente, que trata de matéria de competência de quem a expediu (AGUIAR; GONÇALVES, 2008, p.18).

A Câmara de Vereadores de cada ente federado legisla sobre os interesses locais e regionais dos cidadãos. "Atualmente, os vereadores, representantes do povo, exercem a função principal de legislar sobre o interesse local, mas também acumulam funções de fiscalização ao trabalho dos Prefeitos e Secretários, além do julgamento das contas municipais (LIMA; SILVA, 2017, p. 103).

A votação de leis é de competência da Câmara Municipal sendo sua função principal.

> O exercício da função legislativa possui a necessidade de limitar-se aos assuntos de interesse local, uma vez que sua competência restringe sua abrangência conforme determinação do art. 30, inciso I, da CF/88. Com efeito, demonstra-se que a matéria objeto da apreciação legislativa deve remeter-se à vida da comunidade local para que permaneça dentro da competência municipal, e não alcance as determinações de competência da União e dos Estados (FRANCO, 2013, p. 21).

Na função administrativa se restringe à organização interna quando pratica dos atos de administração como comissões e composição da mesa que são funções equivalentes à do Executivo (MEIRELLES, 2003, p. 607).

> A Câmara não administra o município, estabelece apenas normas de administração. Não executa obras e serviços, dispõe sobre sua execução, não governa o município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no Prefeito. Ela exerce o desempenho normativo e o prefeito a função executiva (MEIRELLES, 2006, p. 605).

Conforme o art. 30 da Constituição Federal de 1988 compete aos municípios:

> I – legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
>
> III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como

> aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
>
> IV – criar, organizar e suprimir Distritos, observada a legislação estadual;
>
> V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
>
> VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
>
> VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
>
> VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
>
> IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Já o Poder Legislativo Estadual e Federal compete conforme o art. 59 a elaboração de leis complementares, emendas à Constituição, leis delegadas, leis ordinárias, decretos legislativos, resoluções e medidas provisórias.

> O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, aos Municípios concernem os assuntos de interesse local (SILVA, 2011, p. 478).

O Poder Legislativo, seja ele federal (Congresso Nacional), estadual (Assembleia Legislativa), distrital (Câmara Legislativa do Distrito Federal) ou municipal (Câmara Municipal), se concretiza por meio do processo legislativo.

A competência para a elaboração de leis deve observar o Artº. 61 da Constituição Federal do Brasil que explicita que cabe ao Deputado Federal ou Senador da República, Comissão da Câmaras dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Procurador-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Geral da República, cidadão, iniciar um projeto de lei. Em simetria para as autoridades dos órgãos estaduais e municipais. De forma que, a iniciativa pode ser geral, concorrente, exclusiva, privativa ou popular.

2. PROCESSO LEGISLATIVO

O processo legislativo é um conjunto de normas que norteia o Poder Executivo e Legislativo na formulação de leis, sendo a principal ferramenta para que o Legislativo exerça sua principal função: legislar.

Para Novelino (2009, p. 605), o conceito de processo legislativo consiste em um "conjunto sistematizado de normas regulatórias da elaboração de atos normativos primários, cujo fundamento imediato de validade é a Constituição". E complementando, "consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas pelos "atores" envolvidos no processo" (LENZA, 2013, p. 592).

Jorge Bernardi (2010) elucida que há dois sentidos para o processo legislativo:

> O Processo Legislativo contempla dois sentidos: o sociológico, que envolve os legisladores no trabalho de formação das leis, e o sentido jurídico, que compreende os procedimentos que devem ser seguidos para que a lei tenha validade. A formação das leis é um ato complexo e, assim, deve ser entendido, pois, antes da norma, existe o momento social que levou a elaboração dela (BERNARDI, 2010, p. 39).

O processo legislativo é de suma importância e envolve interesses dos agentes públicos e dos cidadãos, pois é por meio deles que os vereadores eleitos pelo povo podem buscar melhores condições de vida para a sociedade, que através do conhecimento das necessidades locais podem propor ao Executivo projetos de lei para beneficiar a população seja na área da saúde, educação, segurança, dentre outros.

Sobre o processo legislativo municipal, Eduardo Franco destaca que:

> O processo legislativo no âmbito municipal, por sua relevante importância no contexto constitucional brasileiro e no atual Estado democrático de direito, necessita ser conhecido e aplicado corretamente para que possa surtir seus efeitos, pois tanto a população em geral quanto os parlamentares em sua maioria, desconhecem as minúcias do Processo Legislativo (FRANCO, 2013, p. 9).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

"A Câmara, no exercício de funções legislativas, participa da elaboração de leis. Têm os seus membros o direito: de iniciativa de projetos de lei, de apresentar emenda a projetos de lei, de aprovar ou rejeitar projetos, de aprovar ou rejeitar veto do prefeito" (MANUAL DO VEREADOR, 2005, p. 29). Tais atos constituem o processo legislativo.

Sobre o processo legislativo, Nery destaca que:

> A compreensão e o estudo do processo legislativo são fundamentais para conhecer o processo de elaboração das principais espécies normativas brasileiras. Permite, ainda, acompanhar a produção e o acompanhamento destas espécies no tocante ao processo legislativo, pois o desrespeito ao mesmo acarretará a nulidade da espécie normativa produzida, provocando assim o chamado vício da inconstitucionalidade formal (SUCH, 2015, p. 16).

O processo legislativo é composto pelo processo legislativo ordinário, processo legislativo sumário e processo legislativo especial. A distinção entre o processo legislativo ordinário e o sumário é o pedido de urgência feito pelo chefe do Poder Executivo que obriga o parlamento a apreciar a matéria em até 45 dias, sendo ambos constituídos pelo mesmo rito procedimental. O processo legislativo especial corresponde ao conjunto de atos que elaboram, alteram e consolidam emendas à Constituição, medidas provisórias, leis complementares, decretos, resoluções e leis delegadas (JUNIOR, 2010).

2.1 Fases do processo legislativo

O processo legislativo ordinário é composto por cinco fases: iniciativa, discussão, votação, sanção ou veto e promulgação. Conforme Ferreira Filho (2012, p.228), a formação da lei municipal segue o padrão do processo legislativo previsto na Constituição Federal de 1988, "apresenta uma fase introdutória, a iniciativa, uma fase constitutiva, que compreende a deliberação e a sanção, e a fase complementar, na qual se inscreve a promulgação e também a publicação".

A iniciativa é o impulso inicial da proposta de lei. Segundo Silva (2006, p. 525), por iniciativa legislativa compreende-se a "faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo". Esta fase pode ser instaurada pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo que conforme a Constituição Federal atribui a iniciativa geral e a iniciativa privativa, respectivamente.

Para Lenza (2013, p. 600) "o aludido instituto serve [...] apenas para deflagrar o processo legislativo, sendo que o Parlamento poderá rejeitar o projeto de lei ou, ainda, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que é pior, emendá-lo, desnaturando a essência do instituto". As propostas de projetos de lei possuem matérias de competência exclusiva do prefeito e outras de iniciativa comum.

De acordo com o art. 61 da Constituição Federal é iniciativa privativa do Poder Executivo, Presidente da República:

> Leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; disponham sobre: (a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; (b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; (c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade, e aposentadoria; (d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (e) criação, estruturação e atribuição dos Ministérios e órgãos da administração pública; (f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoção, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para reserva (EC-19/98).

Essa previsão também se aplica pela simetria nos governos estaduais e municipais que além da Constituição Federal são norteados pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas. No estado do Tocantins, município de Palmas, a Lei Orgânica define que é competência privativa do Poder Executivo municipal, de acordo com o art. 71, no que tange ao processo legislativo:

> II - iniciar o processo legislativo na forma e nos casos previstos na Constituição Estadual e nesta Lei Orgânica; III - sancionar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; IV - vetar projetos de leis, totais ou parcialmente; V - dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração Municipal; VI - prover os cargos e funções públicas municipais, na forma da Constituição Estadual e das leis; VII - celebrar convênios, acordos, contratos e outros ajustes do interesse do Município; VIII - enviar a Câmara Municipal, observado o disposto nas Constituições Federal e Estadual, projetos de lei dispondo sobre: a) Plano plurianual;b) Diretrizes Orçamentárias; c) Orçamento Anual; d) Plano Diretor. IX - remeter mensagem a Câmara Municipal, por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do Município;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os princípios constitucionais que norteiam a iniciativa de leis bem como a iniciativa geral e privativa devem ser fundamentais para que não haja distorções na técnica legislativa e consequentemente vícios formais no processo legislativo (FRANCO, 2013).

A fase de discussão é quando o projeto de lei é submetido à análise das comissões para o debate sobre a deliberação do projeto de lei e a votação corresponde a fase decisória que caso aprovado o projeto segue para o Poder Executivo para sanção/ veto ou promulgação.

Conceitualmente, "a discussão é a fase destinada ao debate sobre determinado projeto, visando à sua deliberação, onde poderá ser debatido o PL original e suas emendas". E a votação é quando "o Plenário manifesta sua posição através do voto; completa o turno regimental da discussão e da tramitação da proposição; é através dela que o sistema normativo municipal é alterado, motivo pelo qual, a abstenção constitui uma situação excepcional" (SILVA, 2008, p. 524).

A sanção e o veto, presentes na fase constitutiva do processo legislativo, são instrumento de controle de um Poder para com o outro, denota-se, portanto, o sistema de freios e contrapesos instituído na relação de separação entre os poderes. A sanção é a anuência do Poder Executivo ao projeto de lei que cuja matéria aprovada se torna lei. Ferreira Filho (2012, p. 214), destaca que, "a sanção é ato do chefe do Poder Executivo que transforma o projeto aprovado pelo Legislativo em lei", ocorrendo de forma tácita ou expressa.

> No Brasil, em especial, a sanção constitui-se requisito essencial à formação da lei. Pode-se afirmar, inclusive, que se equivocam aqueles que imaginam serem a sanção ou seu oposto – o veto - meros ritos de finalização. O poder do Executivo neste caso costuma ser decisivo. Sua força é tamanha que chega a ser considerada, não apenas como uma fase do Processo Legislativo, mas como uma forma de interferência legislativa indireta (LOIS, 2009, p. 14).

Já o veto é a discordância parcial ou total com o projeto de lei. O veto deve se pautar em dois motivos: contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade. Pode ser total ou parcial de forma que deve ser devolvido ao Legislativo para análise e posteriormente devolvido ao Executivo.

> O veto é forma de discordância, de julgamento ou de oposição formal do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo, remetido para sanção e promulgação; é forma de controle preventivo da

> constitucionalidade, podendo ser total (quando se refere a todo o texto) ou parcial (quando se refere a parte dele) (SILVA, 2008, p. 524).

O veto pode se dá por motivos de cunho político ou jurídico. Em ambos os casos há tacitamente a exigência da fundamentação dos motivos de maneira transparente. "O veto, que é irretratável, deve ser expresso e fundamentado na inconstitucionalidade do projeto (veto jurídico) ou na contrariedade ao interesse público (veto político)". (MENDES; BRANCO, 2012, p. 939).

Observa-se que, as razões do veto devem ser fundamentadas na Constituição Federal explicando a inconveniência e inconstitucionalidade do projeto de lei, podendo ser suspensivo e superável. De forma que quando parcial, a parte vetada deve ser reavaliada e quando total, todo o projeto deve ser reexaminado. Conforme Silva (2006), o veto é um ato que pode ser relativizado pois um projeto de lei não pode simplesmente ser vetado seu andamento no processo legislativo. Se em votação na Casa Legislativa o veto for mantido, o projeto é arquivado, mas se o veto do Poder Executivo for rejeitado, o projeto segue para sanção e se transforma em lei.

Destaca-se que, o chefe do Poder Executivo pode vetar projeto de lei de sua própria autoria quando detectada ilegalidade ou inconstitucionalidade no projeto que não fora percebido antes, nas fases anteriores do processo legislativo (MEIRELLES, 2006).

Por fim, a promulgação é quando o projeto de lei se transforma em Lei sendo declarada pelo prefeito ou presidente da Câmara com número e data determinada e que começa a produzir efeito no ordenamento jurídico. "O ato de promulgação tem, assim, como conteúdo, a presunção de que a lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória" (SILVA, 2009, p. 529).

Sobre a função da publicidade da lei promulgada, "é dar conhecimento a todos de que a ordem jurídica foi inovada impedindo, assim, a alegação de ignorância da lei. A publicação ocorre com a inserção do texto promulgado no Diário Oficial (NOVELINO, 2009, p. 612).

Na fase complementar que é subdividida em promulgação e publicação, na promulgação temos certificação da validade da lei, atesta-se que a lei existe. Já na publicação leva-se ao conhecimento de todos a existência de uma lei (JUNIOR, 2010, p. 31).

Após a promulgação a lei não pode ser extinta, mas sim revogada por meio de declaração de inconstitucionalidade. A publicidade da lei promulgada deve ser expressa como requisito de moralidade e eficácia.

Por fim, observa-se a importância do Poder Legislativo na política institucional e de suas competências legislativas constitucionais.

2.2 Vício de iniciativa no Poder Legislativo

O controle de constitucionalidade no processo legislativo é baseado em dois aspectos: ação e omissão, "a inconstitucionalidade pode decorrer tanto de uma postura ativa do Estado, a edição de um ato normativo inconstitucional, como da inércia estatal em situações em que está obrigado a agir" (DUTRA, 2005, p. 16).

São subdivididos em vício de formal e material. "O controle de constitucionalidade procura eliminar todos os vícios que possam prejudicar, de alguma maneira, a supremacia constitucional, e que, deste modo, afetem a própria força normativa da Constituição, ou seja, o seu poder de exigir obediência" (MACHADO, 2004, p. 05).

> O processo legislativo é paradigma para a análise de constitucionalidade. Assim, a inobservância dessas competências e trâmites podem ser parâmetros para a análise da constitucionalidade formal de uma lei, inclusive, podendo ser objeto de controle prévio de constitucionalidade (antes da lei ser promulgada) (FROTA; FROTA, 2019, p. 02).

No vício formal ocorre que na fase de elaboração da lei, este subdivide-se em subjetivo e objetivo. O subjetivo está relacionado a competência para elaboração da lei se privativa, exclusiva ou concorrente. Já o vício objetivo ocorre nas demais fases do projeto de lei e que diz respeito ao conteúdo da norma (JUNIOR, 2010).

No processo legislativo encontramos o vício de iniciativa formal e material conforme elucida Pedro Lenza:

> Nesse sentido quando estudamos as regras sobre controle de constitucionalidade, apontamos que uma espécie normativa poderia apresentar um vício formal (subjetivo e objetivo) ou vício material, vícios estes caracterizadores da inconstitucionalidade. O vício formal, como já apontamos, diz respeito ao processo de formação da lei (processo legislativo), cuja macula pode estar tanto na fase de iniciativa (vicio formal subjetivo) como nas demais fases de processo de formação da lei (vicio formal objetivo, por exemplo, desrespeito ao *quorum* de votação). Já o vício material refere-se ao conteúdo da espécie normativa, a matéria pro ela tratada. Em decorrência de todos esses detalhes é que se estabelece um *controle prévio ou preventivo,* realizado não só pelo Legislativo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> (Comissões de Constituição e Justiça), como, também, pelo Executivo (através do veto), sem falar é claro do *controle repressivo* ou *posterior,* cujo objeto é a lei ou ato normativo (já constituídos), sendo realizado de maneira difusa ou concentrada (lembrar que o controle de constitucionalidade no Brasil é jurisdicional misto) (LENZA, 2013, p. 386).

Dentre os vícios formais tem-se o vício de iniciativa, que ocorre "se um órgão estranho àquele que possui competência exclusiva sobre determinada matéria inicia o processo legislativo a este respeito, se deste processo resultar uma lei, ela estará viciada pela inconstitucionalidade por um vício de iniciativa em seu processo de produção" (MACHADO, 2004, p. 16).

Toda lei promulgada que resulta de um projeto de lei com vício de iniciativa sob o princípio da legalidade é inconstitucional. Sendo pacificado no ordenamento jurídico brasileiro tratar-se de um vício insanável e inconvalidável mesmo com a sanção do Poder Executivo.

> A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanou-o do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, nulo tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula n. 5/STF. Doutrina. Precedentes. No mesmo sentido: ADI 1.963-MC, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgamento em 18-3-99, DJ de 7-5-99; ADI 1.070-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-11-94, DJ de 15-9- 95 (STF, ADI 2867, Rel. Celso de Mello).

O ato da sanção do projeto de lei que corresponde ao posicionamento favorável do prefeito, em nível municipal, não implica na legitimidade da autoria do projeto, todavia se a lei foi de iniciativa do Poder Legislativo, Câmara de Vereadores, esta é inconstitucional por vício de iniciativa já que a competência da matéria é privativa do Executivo.

O ADI 2867 trouxe um entendimento que derrubou o que era consolidado até então no ordenamento jurídico do Brasil por meio da Súmula nº 05 que defendia o oposto. "A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo". À luz dos princípios constitucionais essa doutrina foi considerada inadequada.

O vício de iniciativa formal que também é bem recorrente no ordenamento jurídico brasileiro consiste na perspectiva de que o Poder Legislativo não tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

competência para criar leis que ocasionem o aumento de despesas ao Poder Executivo. Sendo esta temática alvo do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e sua posição a repercussão geral nº 878/911.

3. REPERCUSSÃO GERAL Nº878/911 RJ DO STF

A repercussão geral é um instituto do Tribunal Constitucional do STF "compatível com a competência de uma Suprema Corte no campo constitucional, que deve ocupar-se apenas com questões de relevo e de interesse geral" (BENUCCI, 2008, p. 02).

> A repercussão geral opera em dois planos, em relação ao recurso extraordinário: de um lado, funciona como mecanismo de restrição das questões constitucionais que podem ser levadas ao STF; de outro, funciona como veículo de transposição de recurso extraordinário, já que, uma vez havendo repercussão geral, tende a jurisprudência do Supremo a abrandar a exigência de presença de outros requisitos do recurso (MEDINA, 2013,p. 01).

O instituto da repercussão geral decorre de recursos extraordinários endereçados ao STF sendo um instrumento de gestão judiciária que possibilita maior celeridade a processos judiciais, uma vez, prima pelo princípio da efetividade das atividades jurisdicionais pois busca reduzir a lenta tramitação de recursos extraordinários na Corte Superior (BENUCCI, 2008).

A repercussão geral julgada pelo STF sobre questão constitucional delibera um parâmetro para o julgamento de recursos com questões de direito semelhantes. Embora, o mérito não seja vinculante, a situação jurídica afirmada pela tese deve ser aplicada pela jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro (MEDINA, 2013).

O Recurso Extraordinário com agravo nº 878.911/ Rio de Janeiro, de 29 de setembro de 2016, interposto pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro contra uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado que declarou inconstitucional a Lei nº 5.616/2013 cujo objeto é a determinação de instalação de câmeras de segurança nas escolas públicas do município. O vício de iniciativa por ser competência privativa do Poder Executivo Municipal.

Conforme o relatório,

> O prefeito do Município do Rio de Janeiro apresentou contrarrazões, nas quais reafirma que a Lei 5.616/2013 é inconstitucional, por tratar de matéria para a qual a iniciativa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> processo legislativo é privativa do Poder Executivo[...] (ARE 878911 RG / RJ).

A inconstitucionalidade declarada na origem pelo vício de iniciativa atestou que a lei estadual supracitada desrespeitou a competência privativa do prefeito e também ocasionaria despesas aos cofres municipais.

> Inicialmente, registro que a discussão relativa a vício de iniciativa no processo legislativo é de inegável relevância dos pontos de vista jurídico e político, mormente quando se cogita desrespeito à competência privativa do Chefe do Poder Executivo. Considerando, ainda, que a lei em questão tem o condão de acarretar despesa aos cofres municipais, destaca-se também a relevância econômica da questão debatida. [...] (ARE 878911 RG / RJ).

Contudo, o entendimento da Corte do STF é de que a discussão cabida é acerca do vício de iniciativa formal subjetiva, e não em relação a despesa em si. O entendimento ora obsoleto interpelava no tocante a negativa de propositura de Leis pelo Poder Legislativo que causavam despesa ao Executivo ser inconstitucional pois considerava iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

Neste caso concreto julgado constitucional pela Corte do STF, a instalação de câmeras de segurança nas escolas, que ora causam despesas ao Município não contraria a constitucionalidade, pois não cria ou altera a estrutura ou atribuição de órgãos da Administração Pública.

> A lei municipal que prevê a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada (ARE 878911 RG / RJ)

Conforme a tese 917 da decisão do STF da repercussão geral:

> Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II,a, c e e, da Constituição Federal) **(**ARE 878911 RG / RJ).

Na repercussão geral ficou explícito que as matérias previstas no artigo 61 §1º da Constituição Federal seja em nível federal, estadual ou municipal devem ser compreendidas como exclusivas do Poder Executivo, não podendo transcender o texto legal ampliando elementos viciosos. Entretanto, de maneira geral, os Tribunais de Justiça não estão aplicando este entendimento da alta Corte brasileira declarando inconstitucionais diversas leis municipais aludindo a criação de despesas por vício de iniciativa, justificando que são matérias de iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo Municipal, fato este que restringe a atuação de vereadores no processo legislativo.

3.1 Câmara Legislativa do município de Palmas (TO)

Atualmente a Câmara Municipal de Palmas no estado do Tocantins é composta por 19 vereadores, estando na nona legislatura da Câmara. Os Arquivos relativos a legislação da Câmara Municipal de Palmas são o regimento interno, Lei orgânica do município, estatuto do servidor e resoluções.

A Câmara Municipal tem sete comissões permanentes: Comissão de Constituição e Justiça e Redação; Comissão de Assuntos dos Direitos da Mulher; Comissão de Administração Pública, Urbanismo e Infraestrutura; Comissão de Cidadania, Direitos Humanos, Meio Ambiente e Ética; Comissão e Finanças, Tributação, Fiscalização e Controle; Comissão de Políticas Públicas Sociais e Comissão de Segurança Pública. Conforme o artigo 31 do Regimento interno da Câmara Municipal de Palmas as comissões permanentes são de caráter técnico-legislativo ou especializado, integrantes da estrutura institucional da Câmara e agentes do processo legiferante, cabendo-lhes apreciar as matérias submetidas a seu exame e sobre elas deliberar, bem como exercer o poder fiscalizador inerente ao Poder Legislativo, acompanhando os planos e programas governamentais e a execução orçamentária no âmbito de suas competências (PALMAS, 2000).

3.2 Processo Legislativo na Câmara do município de Palmas (TO)

Em 2021, até o mês de outubro, foram registrados, segundo o setor de Processo Legislativo da Câmara Municipal de Palmas, vinte e sete vetos de processos legislativos devolvidos pelo chefe do Poder Executivo, Prefeita Cinthia Alves Caetano Ribeiro, por vício formal de inconstitucionalidade de iniciativa que violam a Constituição Federal.

O Poder Executivo de Palmas se manifestou com vetos parciais e integrais para inúmeros processos de forma que, seu entendimento se remete a norma padece de vício formal de inconstitucionalidade. Deixando explícito em muito destes projetos que, conforme o inciso I do artigo 44 da Lei Orgânica de Palmas "**Não será permitido**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aumento de despesas previstas nos projetos: I- de iniciativa exclusiva do prefeito (...)" (grifo nosso).

Sobre o tema, o veto apresenta ainda fundamentações com aspectos jurídicos-formais sobre a inviabilidade de matéria similares em que há o vício de iniciativa de competência privativa do chefe Poder do Executivo, atribuída como uma ofensa ao princípio de separação e independência dos poderes, é juridicamente inviável, uma vez que, "**cria nova obrigação e despesa pública para o Poder Executivo**" (grifo nosso).

Em uma ampla análise, observa-se que mesmo com a decisão da Corte do STF que afasta como causa de vício de iniciativa formal a criação de projetos de leis que gerem despesas, o mesmo não ocorre em inúmeros projetos de leis que são levados pela Câmara Legislativa de Palmas (TO) ao Poder Executivo Municipal, tendo em vista ainda que, em nenhuma das decisões de veto cita a decisão do STF, mas sim decisões de Tribunais Regionais em outros estados que versam sobre matéria similar ou em momento precedente a repercussão geral nº 878/911 RJ.

CONCLUSÃO

Verifica-se que a postura do Poder Executivo Municipal de Palmas - TO mostra-se conservadora frente ao avanço da doutrina em relação à hipóteses de Propositura de Leis por parte do Poder Legislativo Municipal que causam despesa ao Executivo, declarando vício de iniciativa que torna o processo legislativo inconstitucional em casos previstos pela repercussão geral nº 878.911/ Rio de Janeiro, em que a Corte do Supremo Tribunal Federal, prepondera que não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.

Apesar de que, decisões da Suprema Corte possuírem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante na jurisprudência brasileira, esta não tem sido aproveitada, tampouco apreciada pelos tribunais e Poder Judiciário seja de âmbito municipal ou estadual o que demonstra uma interpretação equivocada e restrita por parte dos operadores de Direito visto que o rol taxativo que não deve ser superado concerne somente às previsões do artigo 61, da Constituição Federal.

Ainda há controvérsias sobre os efeitos de repercussão geral, se fosse aplicado na jurisprudência brasileira os efeitos da decisão com tema de repercussão geral, na prática os processos legislativos com vício de iniciativa sofreriam uma uniformização jurisprudencial e poderiam sim ser convalidados desde que atendam dois critérios: de não incidir no artigo 61 e visar o bem comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em grande parte dos projetos de leis apresentados pela Câmara Municipal de Palmas – TO que foram vetados pelo Poder Executivo Municipal é discutível sobre a usurpação da competência privativa do chefe do Poder Executivo. É necessário cautela e sapiência por parte dos Poderes responsáveis, pois são numerosos os projetos de leis que padecem, projetos apenas buscam melhorias no cotidiano da vida do cidadão e de grande valia para a população em geral.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro; GONÇALVES, Marcos Flávio R. **O município e o processo legislativo.** Rio de Janeiro: IBAM, 2008.

BENUCCI, Renato Luís. A repercussão geral no recurso extraordinário como instrumento de gestão judiciária. **Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo**, n. 63, p. 116-125, 2008.

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 out. de 2021.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O Controle Estadual de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos**. São Paulo, Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

FRANCO, Eduardo Pretto. **O processo legislativo municipal e a atividade legislativa no município de Santo Augusto**. Ijuí: 2013, 44 p. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2013.

JUNIOR, Joaquim Vicente de Paula. **Convalidação do vício de iniciativa em face do processo legislativo.** Monografia, FIC- Caratinga(MG), 2010.Disponível em: http://dspace.doctum.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1316. Acesso em out. de 2021

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Eduardo Martins; SILVA, Samira Souza. Os limites do poder legislativo para atuar sobre políticas públicas. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 3, n. 1, p. 101-118, 2017.

LOIS, Cecilia Caballero. Separação de poderes e vício de iniciativa: bases para a fixação do regime de cooperação legislativa entre os poderes Executivo e Legislativo. **Revista Jurídica da Presidência,** v. 11, n. 94, p. 01-50, 2009.

MACHADO, Diego Filipe. **A natureza do controle de constitucionalidade formal e a jurisprudência do supremo tribunal federal a respeito do vício formal de iniciativa e a sanção do poder executivo.** Monografia, SBDP-São Paulo, 2004. Disponível em: http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/monografia-diego-filipe-machado.pdf. Acesso em out. de 2021.

MANUAL DO VEREADOR. **Secretaria Especial do Programa Interlegis**. Brasília, 2005. Disponível em: https://www.interlegis.leg.br/capacitacao/publicacoes-e-modelos/manual-do-vereador. Acesso em out. de 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. Deve caber repercussão geral sempre que houver divergência. **Boletim ConJur**, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 13, ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
PALMAS, **Lei Orgânica do Município. Palmas: Câmara Municipal, 2000**.

Disponível em < ttps://www.palmas.to.leg.br/processo-legislativo/legislacao/lei-

organica-do-municipio/lei-organcia-domunicipio-de-palmas-atualizada-2016.pdf/view> Acesso em out. 2021.

SILVA, José Afonso da**. Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed. ver. e atual. até a EC n. 53, de 19.12.96. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 26ª ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUCH, Luis Ricardo Nary. **O processo legislativo da lei ordinária federal e municipal de São Paulo.** Monografia apresentada à Escola do Parlamento da Câmara Municipal de São Paulo, SP, 2015.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Três Poderes; **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/politica/tres-poderes.htm. Acesso em out. de 2021.

VALENZUELA, Francisco Berlin. **Derecho Parlamentario.** México: FCE, 1993. p. 128.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFICÁCIA DA LEI Nº 11.340/ 06 – MARIA DA PENHA DIANTE DA INEFICIÊNCIA DO ESTADO.

DONIZETE DE OLIVEIRA VELOSO:
Graduando do Curso de Direito da FASEC.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO[11]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo abordar a Lei nº. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, como o marco internacional de proteção aos direitos das mulheres vítimas de violência, a evolução da legislação brasileira a partir dos projetos de lei e a grande dificuldade em diminuir o índice de violência doméstica no País. Para isso foram desenvolvidas pesquisas: exploratória, bibliográfica, descritiva e documental. Com o propósito de descrever o histórico de violência doméstica no Brasil, os avanços e as primeiras leis criadas com o intuito de resguardar juridicamente, a mulher brasileira, foram realizadas buscas doutrinárias e bibliográficas relacionadas ao assunto. Por fim, conclui-se que de nada adianta se, na prática, o Estado não contribui com verdadeiro e efetivo aparato material ao combate dessa modalidade de violência, por meio da efetivação de políticas públicas.

Palavras-chave: Ineficácia Estatal, Legislação Brasileira, Violência Doméstica.

1. INTRODUÇÃO

Milhares mulheres brasileiras têm sido vitimadas pela violência doméstica. Os crimes de feminicídio são em sua maioria executados por homens, sendo, portanto, os parceiros íntimos os principais assassinos de mulheres.

O direito a viver sem violência, seja ela qual for é um direito fundamental, que foi reconhecido para as mulheres no Brasil apenas em 2006, com a criação da Lei 11.320/06 - Maria da Penha. A lei foi um grande passo, mas apesar dela, ainda existe um enorme desafio a se vencer.

A problemática do presente artigo é aferir se esta Lei atingiu sua eficiência diante da ineficácia do Estado, para tanto será analisado as conquistas da mulher na sociedade

11 Professor orientador da Faculdade Serra do Carmo do Tocantins.

Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília – DF. Contato: prof.luizrodrigues@fasec.edu.br.

ao longo dos anos, como o direito a voto, as lutas das classes feministas entre as décadas de 60 e 80, o papel da ONU12, OEA13 e os tratados internacionais com suas convenções.

Institutos estes que visam prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher em função das diferenças entre homens e mulheres.

Os índices desse tipo de violência são altíssimos e a evolução das taxas dessas agressões demonstram a insignificância do sexo feminino diante da superioridade masculina.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, quase metade dos homicídios femininos no mundo são cometidos com a existência de uma relação intima, em ambiente privado, em circunstâncias de abuso, além da violência sexual, elas sofrem exploração, ameaça em função maior força física masculina.

Diante disso, a sociedade vem mostrando às autoridades a necessidade de criar mecanismos que ofereçam melhor proteção ao gênero feminino, de forma preventiva, possibilitando uma maior eficiência da legislação.

Por fim, será feita a conclusão analisando posição atual da violência doméstica e de gênero no Brasil, sua eficiência e contribuição com demonstração de seu caráter e finalidade.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEI 11.320/06

Ab Initio, é mister distinguir a diferença entre eficácia e eficiência, a primeira reside no fato da lei estar apta a produzir os efeitos desejados. E quanto à eficiência, esta vai demonstrar se a lei produz resultados satisfatórios, ou seja, redução de fato dos crimes contra mulher.14

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, nome esse como uma homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, que por mais de duas décadas pugnou para ver preso o indivíduo que tanto lhe fez mal.

---

12 Organização das Nações Unidas.

13 Organização dos Estados Americanos.

14 RIBEIRO, Antônio Carlos Silva. Dicionário Jurídico Universitário. 1ª ed.-Guaxupé/ MG: Tático,2008;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.1 Contexto Histórico da Violência Contra a Mulher no Brasil

A violência contra a mulher é qualquer ação ou omissão com base no gênero, que ocasione sofrimento físico, psicológico, sexual ou até mesmo a morte.15

A violência sofrida pelas mulheres é um dos fatos mais denunciados e que mais vem chamando atenção nas últimas décadas. É muito simples entender a razão: a violência contra a mulher tem um caráter destruidor sobre a saúde e cidadania da mulher. 7

O cerceamento contra a mulher é um fato que persiste e continuar nas sociedades mundiais, em muitos lugares pela forte presença de uma cultura machista e ainda, por seguir pensamentos de tempos remotos, quando a mulher era considerada apenas um instrumento do homem que exercia pleno domínio sobre sua vida.

Aprofundando um pouco sobre a trajetória da mulher brasileira, percebe-se que ela sempre foi tratada de maneira diferenciada em relação aos homens, sendo longo o calvário em que as mesmas foram submetidas até alcançarem a tão esperada "igualdade".16

O Brasil como exemplo de outros países, não possui um histórico legal em relação ao tema, já teve um tempo no nosso país em que as mulheres não tinham direito a voto, não participava da vida política e também não tinha acesso ao mercado de trabalho, estavam predestinadas aos afazeres da casa.

As mulheres no Brasil passaram a ter direito a voto só a partir de 1932, através de movimentos feministas, que lutaram incessantemente para conseguir esse direito. Entretanto, a obrigatoriedade do voto para as mulheres só veio mais tarde no ano de 1942, antes disso não eram obrigadas, pois consideravam que elas não possuíam discernimento suficiente para exercer a prática do voto.17

Em conformidade com o mesmo autor, a partir os anos 60, houve no país um forte crescimento econômico, com uma ideia de patriotismo e afirmação nacional, várias estatais são criadas e com isso muitas oportunidades de empregos surgem.

---

15 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015;

16 DIAS, Diniz; GUMIERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012, p. 205-231;

17 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017;

Com este crescimento e o surgimento de novas oportunidades de empregos, as mulheres começam a se inserirem no mercado de trabalho, e produzirem economicamente para o País.18

Ao mesmo tempo em que as mulheres vão conseguindo certa afirmação perante a sociedade, acontece um episódio que marcou a época e desencadeou uma grande luta feminista em combate a violência contra a mulher, que persiste até os dias atuais.19

Ocorreram dois assassinatos emblemáticos, de Ângela Diniz que foi assassinada por seu companheiro com quatro tiros na cabeça, com a justificativa que cometeu o crime para manter sua honra, e Cláudia Lessin que foi estuprada e morta posteriormente com várias pauladas na cabeça e os supostos assassinos foram inocentados. 10

Diante de tais fatos tão marcantes para a época e com vários movimentos sociais em alta, o movimento feminista que antes lutou pelo direito a voto, pela liberdade empregatícia para as mulheres, agora ele abraça também a bandeira da luta em oposição a violência contra a mulher. 10

Com todas as lutas das classes feministas entre as décadas de 60 e 80, surge no Brasil um grande equipamento de proteção as mulheres de combate a violência doméstica e familiar, que foram as delegacias de atendimento as mulheres. Estas delegacias tinham como objetivo, oferecer um atendimento especializado para as mulheres em situação de violência doméstica.

Outro importante tema a se relatar que aconteceu nos anos 80, foi à inserção nas universidades do discurso sobre a violência contra a mulher, através de palestras, seminários e eventos para debater sobre o assunto, o que trouxe uma grande visibilidade e um maior alcance ao tema.10

Apesar de todos os acontecimentos e avanços no combate à violência contra a mulher, a violência ainda persistia de forma muito elevada e absurda, de forma que os números de agressões, estupros e assassinatos não diminuíam.

---

18 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017;

19 DIAS, Diniz; GUMIERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012, p. 205-231.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante desse contesto, nos anos 2000, começa a se discutir com mais veemência a violência contra a mulher. Isso só se realiza devido ao caso emblemático de Maria da Penha. 20

2.2 O Surgimento da Lei Maria da Penha

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que tem esse nome como uma homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, que por mais de duas décadas pugnou para ver preso seu esposo que tanto lhe fez mal.

Maria da Penha é uma biofarmacêutica cearense, e à época casada com o professor universitário Marco Antônio Herredia Viveros. No ano de 1983, enquanto dormia, sofreu a primeira tentativa de assassinato. Antônio desferiu um tiro em suas costas, e em decorrência do tiro Maria da Penha ficou paraplégica.21

Pela segunda vez, Antônio empurra Maria da Penha da cadeira de rodas e tenta eletrocutá-la no chuveiro, ocorrendo novamente meses depois, mais uma tentativa de homicídio.

Em junho desse mesmo ano houve início das investigações, já o Ministério Público Estadual apenas apresentou a denúncia em setembro do ano seguinte, com o primeiro julgamento desses crimes após 8 (oito) anos.12

Em 1991, os advogados de Antônio conseguiram anular o julgamento. Já em 1996, Antônio foi julgado culpado e condenado a dez anos de reclusão, mas conseguiu recorrer.13

Passou-se mais de quinze anos de luta e pressões internacionais, e a justiça brasileira ainda não havia proferido uma decisão final sobre o caso, nem justificativa para a demora.

Com toda a repercussão do caso e com a ajuda de várias ONG's22, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA)23, que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Antônio só teve sua liberdade restrita em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão.12

---

20 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017;

21 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

22 Organização Não Governamental.

23 Organização dos Estados Americanos.

A OEA24 acatou o referido processo condenando o Brasil por negligência e omissão em relação aos crimes de violência doméstica.

Uma das penas impostas ao Brasil foi à recomendação para que fosse instituída uma legislação adequada e eficiente a esse tipo de violência. Foi então que nasceu a primeira sinalização para a criação da lei. 25

Várias entidades se juntaram com fulcro de criar um projeto de lei, estabelecendo padrão de violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres, objetivando a prevenção e redução deste tipo de violência, bem como a compatível assistência às vítimas.17

Foram realizadas muitas audiências públicas antes da sanção da lei em 2005, com o objetivo de confeccionar o texto para instituir as estruturas no sentido de coibir a violência doméstica e familiar contra as vítimas, nos termos da CRFB26, 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. 19

Nessas circunstâncias, em setembro de 2006, a Lei 11.340/06 finalmente entra em vigor, fazendo com que a violência contra a mulher deixe de ser considerada como um crime de menor potencial ofensivo. A lei também acaba com as penas pagas em cestas básicas ou multas, além de englobar, a violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral.27

Ainda sobre o assunto (o autor cita):

> (...)Antes da sanção da lei, em 2005, foram realizadas muitas audiências públicas para preparar o texto que criasse mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos 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.

24 Organização dos Estados Americanos.

25 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017.

26 Constituição da República Federativa do Brasil.

27 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Também foi sugerida a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; além da alteração do Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal. A Lei Maria da Penha entrou finalmente em vigor.
>
> Nove anos depois da segunda tentativa de assassinato, foi condenado a oito anos de prisão. Por meio de recursos jurídicos, ficou preso por dois anos. Está livre desde 2002. Hoje vive em Natal (RN). 19

Em atendimento à recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, relativa a Convenções, em que o Brasil é signatário, bem como à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher, houve o cumprimento com esta Lei.28

O acesso à Justiça por meio dessa Lei foi dinamizado nos procedimentos, com transparência ao fenômeno da violência doméstica e provocou relevantes debates sobre o tema perante a opinião pública e também atendendo os anseios jurídicos.

Os avanços da nova lei são muito significativos. Uma das grandes novidades foi à criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – JVDFM's29, com competência cível e criminal. Outro ponto importante é que foi devolvida à autoridade policial a prerrogativa investigatória, cabendo-lhe instaurar o inquérito.30

Por esta Lei a prisão preventiva do agente delitivo é permitido, possibilitando ao juiz imputar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, veda aplicação de multa, distribuição de cesta básica ou pena pecuniária. Além de que, o juiz deve adotar medidas que façam cessar a violência, como determinar o afastamento do agressor do lar e impedi-lo que se aproxime da vítima.22

2.3 O Reconhecimento da Violência de Gênero

A luz da Lei n. 11.340/06 nasce num contexto de um reconhecimento de uma violência de gênero que vai além de Violência Doméstica, simplesmente pelo fato de ser

28 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017.

29 Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher.

30 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

mulher, conforme reconhecimento pela ONU31, em função de que sempre existiu violência sexual e física em todo tempo da sociedade.32

Ou seja, o que ONU33 fez, foi reconhecer essa violência de gênero. Daí a importância de dizer o que é gênero.

Gênero constitui-se como um conceito sociológico da década de 60 e, recentemente, vem sendo empregado no Direito.

Como conceito sociológico, utilizado em uma categoria analítica, reconhece-se que as diferenças entre homens e mulheres são construídas socialmente e se fundam em relações de poder. Por intermédio das relações de gênero, papéis sociais diferenciados são atribuídos ao feminino e ao masculino como sobre valoração do sexo masculino. 34

O equipamento biológico sexual inato não dá conta da explicação do comportamento diferenciado masculino e feminino observado na sociedade. Logo, diferentemente do sexo, o gênero é um produto social, apreendido, representado, institucionalizado e transmitido ao longo das gerações. 26

O Comitê responsável pelo monitoramento da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em sua Recomendação Geral nº 19, sobre violência contra o sexo feminino, refere a discriminação e inclui a violência de gênero – a violência dirigida especificamente contra a mulher, por ser mulher ou que a afeta de maneira desproporcional.35

Essa violência inclui atos que causem ou possam causar danos, sofrimento físico, sexual, ou psicológico às mulheres, incluindo ameaças, coerção, outras formas de agressões e até homicídio.

---

31 Organização das Nações Unidas.

32 DIAS, Diniz; GUMIERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012, p. 205-231.

33 Organização das Nações Unidas.

34 DIAS, Diniz; GUMIERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012, p. 205-231.

35 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.4 A Constitucionalidade da Lei 11.340/06

Com relação a constitucionalidade, focando na violência de gênero e doméstica, a Lei Maria da Penha atende, pois é uma lei elaborada a partir de uma conceituação de violência, ratificada pela Organização das Nações Unidas.

Importa ressaltar que a igualdade existente no texto constitucional não é uma igualdade formal, e sim, uma igualdade substancial que exige esse reconhecimento da perspectiva de gênero. 36

Ocorre que essa é uma igualdade meramente formal. Homens e Mulheres são iguais perante a lei. Se as Nações Unidas e o histórico cultural apontam que existem desigualdades, a busca pela igualdade não pode ser somente formal, deve também ser substancial, daí a necessidade da existência de normas específicas.37

O autor argumenta a existência de uma aparente "maior proteção" em favor do gênero feminino tem por finalidade ultrapassar a barreira da igualdade meramente formal, para buscar uma igualdade material da mulher face ao homem, equiparando-as à posição destes e compensando eventuais desigualdades historicamente arraigadas em nossa cultura.38

Nesse sentido, a presente lei se demonstra como mais uma forma de implantação de ações afirmativas, de modo a trazer a observância do princípio da igualdade material e da dignidade da pessoa, e assim minimizado a diferença em razão do sexo de cada um.

Portanto, sustenta-se a constitucionalidade dela, nesse sentido, afirmando que quando a Constituição Federal ao falar de igualdade, ela não se refere à igualdade formal.

A luz do inciso I, do artigo 5º, CRFB, "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações". E no bojo do artigo 226, parágrafo 8º, da mesma carta, *in verbis:* "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". 29

---

36 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

37 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015;

38 DIAS, Diniz; GUMIERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012, p. 205-231;

Destarte, em hipótese alguma a Lei 11.30/06 foi contrária ao Princípio da Igualdade conforme estabelece o Artigo 5º da CRFB, em conformidade com a hermenêutica jurídica, cujo o artigo vai além de suas palavras, com principalmente a essência de igualdade proporcionalmente que o legislador buscou. 29

Deste modo, a jurisprudência mais respeitável concluiu que o dispositivo legal em comento se adequa perfeitamente ao Princípio da Isonomia e responde à ordem constitucional, no que pretende ser o necessário combate ao desprezo do núcleo familiar, considerada a mulher como sua célula básica, assim pode-se dizer que a atual proteção à mulher é notadamente um avanço histórico para o ordenamento pátrio.39

2.5 A Legislação Brasileira em Defesa da Violência contra Mulher

Sobre os direitos e garantias da mulher, bem como de todos, vem descritos:

> "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.40

Combinado com o artigo 226, parágrafo 8, da CRFB, que assegura nesse viés constitucional, a coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher:

> "A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado. §8 O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a Violência Doméstica no âmbito das suas relações".41

Sobre a Lei nº 11.340/06, como supracitado acima, a legislação brasileira teve um grande avanço na defesa e proteção da mulher, isso graças aos longos anos de luta por igualdade e dignidade da mulher. A exemplo temos a lei Maria da Penha.

---

39 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

40 Artigo 5º, I, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2021, p.1-52). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. - Acessado em: 08/09/2021

41Artigo 226, § 8º, BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2021, p.1-52).

> Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.42

O autor ressalta que esta Lei reitera o que a norma constitucional pretende, que é possibilitar uma eficácia a proteção da mulher no âmbito de suas relações, e inibir a violência doméstica no seio familiar, que assim ela possa assegurar os direitos e garantias fundamentais inerentes a pessoa humana, independentemente de classe, raça, etnia, nível educacional ou religião.43

Sobre a Lei Maria da Penha, reitera-se o que a norma constitucional pretende; possibilitar uma eficácia a proteção da mulher no âmbito de suas relações e inibir a violência doméstica no seio familiar, e assim, assegurar os direitos e garantias fundamentais inerentes a pessoa humana, independentemente de classe, raça, etnia, nível educacional ou religião.

A Lei 11.340/06 representa um divisor de águas no combate a violência contra as mulheres, desta forma o direito brasileiro avançou, e a inovação foi gigantesca, a lei colocou a mulher como dona de sua própria vida, além de taxar todos os tipos de condutas que caracteriza a violência doméstica e contra a mulher.

A partir desta Legislação, tivemos inúmeros avanços no quesito combate a violência contra a mulher, um exemplo disso é alteração no código penal tipificando o crime de feminicídio.

A palavra feminicídio é oriunda do termo femicídio, cunhado pela socióloga sul-africana, Diana Russell em 1976, durante o Tribunal Internacional de Crimes contra

42 BRASIL, Lei nº 11.340/06 - DE 07 DE AGOSTO DE 2006 – Site do Planalto (2021, p.1-12).

43 BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de; SOBRAL, Cristina Neme Isabela; PINHEIRO, Marina; MARQUES, David; SCARANCE, Valéria; ZAPATER, Maíra; SANTIAGO , Denice; VILLA, Eugênia. Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição, p.1-17, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mulheres, ocorrido na Bélgica. Um crime é considerado feminicídio quando for cometido contra uma mulher, por "razões da condição de sexo feminino".35

O alto índice de violência no país, a sensação de insegurança e o histórico de violência contra a mulher no Brasil corroboraram para a criação desse crime. Que é uma tentativa do legislador em dar uma resposta imediata a uma classe, historicamente, refém de maridos e de uma cultura machista.44

Assim, homicídio e o feminicídio são diferenciados, em virtude da distinção entre o crime praticado contra pessoa por sua condição de sexo feminino, neste caso mais tênue. Merece compatível atenção em relação ao assassinato classificado como homicídio.

O feminicídio é a conduta na qual o indivíduo vai cometer um homicídio em desfavor de uma mulher, apenas pelo fato de ser mulher, levando em consideração apenas o aspecto de gênero, no caso apenas por ser do sexo feminino.35

Nesse sentido o Artigo 121 do Código Penal brasileiro descreve:

> Art. 121 (...)
>
> (...)
>
> **Feminicídio**
>
> VI -_contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
>
> (...)
>
> § 2º- A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
>
> I - Violência doméstica e familiar;
>
> II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.
>
> (...)
>
> § 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;

44 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

II - Contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima".45

Nesse sentido, o Artigo 121 do Código Penal brasileiro recebeu aditivo no ano de 2018, com o intuito de dar um tratamento especial para as mulheres, uma maneira de diferenciar e especificar ainda mais a conduta e a pena, no sentido de diminuir e coibir a violência doméstica que ainda hoje está tão presente em nossa sociedade.

Além desses temas fundamentais de mudança, a lei Maria da Penha trouxe a obrigação do poder público em instituir medidas para assegurar a proteção integral das vítimas, já que uma das maiores dificuldades, antes da lei, era que as vítimas não tinham coragem de denunciar ou desistiam da denúncia de seus agressores, por medo e por tentar manter sua integridade, pois não possuíam uma segurança adequada para tal conduta.46

Dessa maneira, o dever de proteção da mulher foi tutelado, e foi além, com participação do poder público, com abrangência municipal, estadual e da União, com a criação de centros de atendimento às vítimas, além de abrigos para acolhimento a mulheres em situação de risco.47

As medidas protetivas são outras conquistas relevantes, que poderão ser deferidas em face do agressor que ameaça a segurança da mulher vítima de violência doméstica.

No caso do agressor, as medidas protetivas podem ser no sentido de prestação de alimentos à esposa e dependentes, a suspensão ou restrição do porte de armas, o afastamento do lar, e até mesmo, a proibição de condutas: como aproximação ou entrar em contato com a vítima, frequentar determinados lugares ou realizar visita aos filhos.48

45 BRASILEIRO, Renato. Código de Processo Penal Comentado. 2° edição. São Paulo. Jus podivm. 2017.

46 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015;

47 BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de; SOBRAL, Cristina Neme Isabela; PINHEIRO, Marina; MARQUES, David; SCARANCE, Valéria; ZAPATER, Maíra; SANTIAGO, Denice; VILLA, Eugênia. Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição, p.1-17, 2019;

48 MELO, Adriana. A violência contra a mulher no âmbito familiar. 2017.

Já na hipótese do deferimento de medidas protetivas em favor da vítima, essa espécie de vantagem pode ser determinada com ou sem a sua autorização, pois tais medidas tem o intuito de preservar a integridade física e psíquica da mulher, dessa forma, após a saída do agressor, a vítima pode ser reconduzida até sua casa ou conduzida para programa de proteção ou atendimento.40

O rol de medidas protetivas da lei Maria da Penha é apenas exemplificativo, ou seja, o judiciário pode deferir outras medidas que se fizerem indispensáveis, mesmo que não previstas especificamente, tudo para manter a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da ofendida.49

Recentemente a lei 11.340/06 sofreu uma alteração. Foi sancionado pelo Congresso Nacional a Lei 13.641 de 2018, na qual ela altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), com foco no descumprimento de medidas protetivas de urgência que se tornaram crime. Assim estatui o artigo 24-A da lei 11.340/06:

> Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.
>
> § 1o A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.
>
> § 2o Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.
>
> § 3o O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis."
>
> Art. 3o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.50

49 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

50 BRASIL, Lei nº 11.340/06 - DE 07 DE AGOSTO DE 2006 – Site do Planalto (2021, p.1-12).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim estatui o artigo 24-A da Lei 11.340/06: a Lei Maria da Penha elencou várias medidas protetivas passiveis de determinação, por pedido da vítima ou de ofício pela autoridade judiciária, quando for necessário.51

Entretanto, o que se via na prática era uma ineficiência das medidas protetivas, pois o indivíduo não respeitava as determinações por parte do poder judiciário, e continuava a praticar agressões contra a vítima.

Diante de tal realidade, o legislador criou uma nova tipificação de crime, que é a quebra de medida protetiva de urgência, ou seja, no momento que o poder judiciário deferir alguma medida protetiva, o indivíduo, que não a cumprir, estará cometendo novo crime.

Essa alteração feita pelo legislador, acontece com o interesse de trazer uma maior segurança para a mulher vítima de violência doméstica. A ideia também é que com essa alteração as mulheres possam de fato denunciar todos e quaisquer tipos de violência sofrida, pois terá uma retaguarda jurídica para defendê-la, desde o momento de oferecimento da denúncia.52

A mais recente alteração vem com a Lei 13.871/19, que acrescenta três parágrafos ao artigo 9º da Lei 11.340, vejamos:

> Artigo único. O art. 9º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:
>
> § 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os

51 BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de; SOBRAL, Cristina Neme Isabela; PINHEIRO, Marina; MARQUES, David; SCARANCE, Valéria; ZAPATER, Maíra; SANTIAGO, Denice; VILLA, Eugênia.

Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição, p.1-17, 2019.

52 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

§ 5º Os 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 terão seus custos ressarcidos pelo agressor.

§ 6º O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada." (NR)53

Nota-se que esta alteração traz ao autor de violência doméstica ou familiar a obrigação de ressarcir todos os danos causados por suas condutas, como por exemplo, os gastos da vítima com médico particular.

Além disso, os gastos com o SUS serão repassados pelo autor de violência doméstica bem como familiar.

Nesse caso específico, o serviço de saúde com o tratamento da vítima custeado pelo Estado, será cobrado do agressor e cujos valores percebidos serão restituídos ao ente da federação que os custeou.

2.6 Dificuldade na Efetivação da Lei 11.340/06

Diante da violência física muito recorrente e tendo como paradigma todo sofrimento pela agressão suportada por Maria da Penha, na busca por solucionar a questão de alguma forma iminente, foi criada a Lei 11.340/2006. Tal legislação tem por escopo a proteção da mulher, prevenção da violência, educação e punição do agressor.54

Dessa forma, embora todas essas disposições estejam declaradas, a única que realmente é utilizada é a punitiva. Não há espaço para o enfrentamento do problema, muito menos para a educação e prevenção, porém, por outro lado, prende-se e se pune efetivamente.

53 BRASIL, Lei nº 13.871/19 - DE 17 DE SETEMBRO DE 2019 – Site do Planalto (2021, p.1)

54 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mas a maior inquietação é que, embora paradoxal e contraditória em alguns dispositivos, a Lei 11.340/2006 não cumpre e nem se preocupa com a aplicação de suas metas educativas e preventivas expostas.

Neste diapasão, delegacias foram criadas, juizados de violência e intervenção policial foram implementados de maneira célere, todavia, medidas educativas e preventivas permanecem apenas em projetos.46

Não houve a criação de cursos significativos sobre igualdade de gênero, sequer medidas simples e cotidianas no combate às "pequenas" práticas machistas. Afinal, a punição é sempre a saída mais conveniente e imediata.

Como reflexo, da não adoção as medidas preventivas, observamos na prática, que a lei não conseguiu ter a efetividade desejada.

Nesse sentido, cumpre trazer a tona, alguns dados constantes no Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que evidenciam a situação atual do Brasil, quanto ao combate da violência contra a mulher, mesmo após o endurecimento da legislação punitiva.

De acordo com o Fórum de Segurança Pública do Brasil, no ano de 2018, 536 mulheres foram vítimas de agressões físicas a cada hora, sendo que 42% jovens entre 16 e 24 anos e 28,45% são negras.55

Ainda em consonância com o FBSP56, 22 milhões de brasileiras com 16 anos ou mais, relatam ter sofrido algum tipo de assédio nos últimos 12 meses, das mulheres que sofreram violência, 76,4% afirmam que o agressor era alguém conhecido, sendo que 23,8% são cônjuges, companheiros ou namorados.

Nota-se, que o sistema punitivo brasileiro está falido, encarcerar pessoas não reduz violência, a exemplo, o Brasil, sendo o terceiro país com maior população carcerária do mundo, mantem a violência em índices altíssimos.

Outro exemplo é a Lei Maria da Penha, que desde 2006, ano da sua criação, vem se remodelando e cada vez ficando mais dura, com um viés mais punitivo e aprisionador, entretendo, os índices de violência contra as mulheres, não diminuiu, pelo

55 BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de; SOBRAL, Cristina Neme Isabela; PINHEIRO, Marina; MARQUES, David; SCARANCE, Valéria; ZAPATER, Maíra; SANTIAGO, Denice; VILLA, Eugênia. Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição, p.1-17, 2019.

56 Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

contrário, vem aumentando gradativamente ano a ano, segundo o FBSP48, de 2016 para 2018 teve um aumento de 7% (sete por cento) de vítimas agredidas a cada hora no Brasil. 47

Com esses dados fica claro que só com leis não é suficiente, é necessária uma mudança em nossa cultura de maneira drástica. Não é normal uma mulher ganhar menos do que o homem apenas por ser mulher, o IBGE57 traz uma pesquisa que diz em relação aos rendimentos médios do trabalho, as mulheres seguem recebendo, em média, cerca de 75% em relação aos homens.58

Pelos dados estatísticos pode-se verificar que o rendimento médio mensal dos homens era de R$2.306,00 (dois mil trezentos e seis Reais), enquanto que o das mulheres apenas R$1.764.00 (um mil setecentos e sessenta e quatro Reais). A nível de remuneração média por hora laborada, o recebimento das mulheres é de 86,7% (oitenta e seis, vírgula sete por cento) do valor masculino, daí uma relação de segregação ocupacional imputadas às mulheres no mercado de trabalho.59

Evidencia-se que a questão do combate a violência doméstica vai muito além da aplicação da punição aos agressores, requer um exercício diário para a quebra da cultura machista em todos os seguimentos da sociedade.60

Enquanto o Judiciário aplica a lei, o poder público não consegue colocar em prática políticas públicas capazes de dar proteção à mulher, vítima da violência doméstica.

Conclui-se desse modo, que a Lei 11.340/06 demonstra um caráter exclusivamente punitivo, deixando de lado o preventivo, o que gera impunidade e deficiência, pois não atinge sua finalidade, no caso a diminuição da violência doméstica.61

---

57 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

58 BRASIL, 2017, IBGE. https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho).

59 BRASIL, 2017, IBGE. https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho).

60 DIAS, Diniz; GUMIERI, S. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012, p. 205-231.

61 JESUS, Damásio de. Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração os aspectos expostos, nota-se que há deficiência na aplicabilidade da Lei Maria da Penha para a sociedade brasileira como o esperado, eis que, tem se interpretado a legislação em comento em um viés totalmente punitivo, endurecendo as medidas e encarcerando cada vez mais os agressores.

Desta forma, cabe aos órgãos competentes executar adequadamente a aplicabilidade da Lei de forma preventiva, amparando a mulher vítima da violência doméstica, criando políticas públicas eficientes, programas que tenha o objetivo de acabar com a diferença de gêneros, de forma enérgica e sistêmica.

Assim, destaca-se como fundamental a perspectiva geracional da violência, evidenciada pela exposição direta ou indireta de crianças e adolescentes à violência doméstica. Essa abordagem dever ser pensada como central nas políticas de prevenção e atendimento a crianças e adolescentes.

Nesse sentido, deve-se considerar políticas de prevenção durante a gestação, condição que torna as mulheres ainda mais vulneráveis. A rede de atendimento às mulheres deve estar preparada para receber as que sofreram violência no período gestacional, inclusive para considerar a possibilidade de aborto legal decorrente da violência sexual.

Um aspecto negligenciado, nas políticas públicas de segurança das mulheres, é o medo do crime e a concreta probabilidade de risco de sofrer uma violência, que impedem o rompimento da relação violenta, com necessidade de pedido de medida protetiva.

Além disso, evidencia-se a necessidade de uma política de assistência que ultrapasse a mera concessão da medida protetiva, que por si só não garante segurança às mulheres. Nesse sentido, uma rede de assistência deve incorporar mecanismos rápidos e seguros, com a revisão das políticas de abrigamento.

A violência doméstica e familiar pode ser observada em várias formas e em diferentes circunstâncias, é uma disciplina que não deveria ser tratada apenas juridicamente, em se tratando de uma sociedade tão sofrida por diversos fatores como economia, emprego, as famílias sem estrutura, com consequente recorrência atos infracionais por problemas psíquicos-sociais.

Ademais, a prevenção e a conscientização da sociedade por meio da educação, são as ferramentas mais eficazes para se erradicar a violência, seja ela qual for.

Desse modo a violência doméstica quando ocorrida e processada deveria ser tratado com interdisciplinaridade, no âmbito jurídico, social e psicossocial, pois não se trata

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

apenas de uma infração e transcrição ao código, mas sim uma violação dos direitos e da dignidade humana, por parte da vítima e do agressor, haja vista que ambos necessitam de amparo, seja legal, psicológico ou social.

Por fim, a Lei 11.340/06 não está obtendo a eficiência diante da ineficácia obrigacional do Estado, denota-se um caráter exclusivamente punitivo, deixando de lado o preventivo e não atinge sua finalidade, no caso a diminuição da violência doméstica.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil /88** - DE 05 DE OUTUBRO DE 1988 – Site do Planalto (2021, p.1-52). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. - Acessado em: 08/09/2021.

BRASIL, **Lei nº 11.340/06** - DE 07 DE AGOSTO DE 2006 – Site do Planalto (2021, p.1-12). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm - Acessado em: 08/09/2021.

BRASIL, **Lei nº 13.871/19** - DE 17 DE SETEMBRO DE 2019 – Site do Planalto (2021, p.1). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm - Acessado em: 08/09/2021.

BRASIL, 2017, IBGE. https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho)

BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. 2° edição. São Paulo. Jus podivm. 2017;

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de; SOBRAL, Cristina Neme Isabela; PINHEIRO, Marina; MARQUES, David; SCARANCE, Valéria; ZAPATER, Maíra; SANTIAGO , Denice; VILLA, Eugênia. Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição: a vitimização de mulheres no Brasil 2° edição. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, v. 2, 19 nov. 2019. Economia &, p. 01-17. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-2-edicao. Acesso em: 19. 09. 2021;

CALAZANS, Myllena. CORTES, Iáris. **O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha**. In: CAMPOS, C. H. (Org.) Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.39-63;

CUBAS, Marina Gama; ZAREMBA, Júlia; AMÂNCIO, Thiago. **Brasil registra 1 caso de agressão a mulher a cada 4 minutos, mostra levantamento**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 9 set. 2019. Folha de São Paulo, p. B1. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml - Acessado em: 10.09.2021;

DIAS, Diniz; GUMIERI, S. **Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012**. In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6). p. 205-231;

JESUS, Damásio de. **Violência contra a Mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.340/2006**– 2ed.-São Paulo: Saraiva 2015.). (retirado de: a violência contra a mulher no âmbito familiar, Adriana Melo, 2017. Disponivel em: https://www.youtube.com/watch?v=VVjIHP_L-o8&t=9s) – Acessado em: 03.09.2021;

RIBEIRO, Antônio Carlos Silva. **Dicionário Jurídico Universitário**. 1ª ed.-Guaxupé/ MG: Tático,2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO DO PARLAMENTAR DANIEL SILVEIRA DECRETADA PELO STF: SUBVERSÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO E O PERIGO EM PAIRAR NA ZONA DO "DIREITO PENAL DO INIMIGO"

SAMUEL RODRIGUES TAVARES: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins - UNICATÓLICA.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA[62]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo disserta sobre a prisão do Deputado Federal Daniel Silveira, decretada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, realizando uma análise técnica entre o caso e uma possível subversão do sistema processual brasileiro ao ponto em que as características do caso se assemelham com a teoria do "Direito Penal do inimigo". A conclusão buscou traçar parâmetros que possam servir como baliza para identificar semelhanças com a supracitada teoria, alcançando os resultados através no método de pesquisa exploratório. Pelo fato de não se trabalhar com estatísticas, a abordagem apropriada no estudo foi a qualitativa e, além disso, para se debruçar sobre o assunto foi necessário utilizar a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chaves: Inconstitucionalidade; Sistema Acusatório; Direito Penal do inimigo.

ABSTRACT: This study is about the arrest of Congressman Daniel Silveira, decreed by the Supreme Court, performing a technical analysis between the case and a possible subversion of the Brazilian procedural system to the point where the characteristics of the case resemble the theory of the "Criminal Law of the enemy". The conclusion sought to trace parameters that can serve as a beacon to identify similarities with the aforementioned theory, reaching the results through the exploratory research method. Because statistics

62 Orientador: Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito nas Relações de Consumo - UCAM. Especialista em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial- UCAM. Diretor e Membro do Conselho Editorial da Revista Tribuna da Advocacia da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil do Tocantins. Professor e orientador da graduação (bacharelado) do curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Ipanema (licenciado). Professor da graduação e da pós-graduação do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins – UBEC. E-mail: igor.barbosa@catolica-to.edu.br

were not used, the appropriate approach in the study was qualitative and, in addition, to address the subject it was necessary to use bibliographic and documentary research.

Keywords: Unconstitutionality; Accusatory System; Criminal law of the enemy.

Sumário: Introdução. 1. Inconstitucionalidade do inquérito ex officio. 2. Imunidade parlamentar, incompatibilidade do flagrante permanente em crimes instantâneos e a inafiançabilidade. 3. Similitudes do caso com o "Direito Penal do inimigo". Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Na premissa de existência do Estado de Direto é imprescindível seguir a visão de que todos estão submissos à lei. Ora, se o ordenamento jurídico for ignorado, o arbítrio faz morada e passa a designar os caminhos normativos à conveniência do momento.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal exerce papel preponderante na aplicação da lei indistintamente, atuando como apaziguador em relação as interpretações dadas ao texto constitucional, bem como deve tutelar todo o conteúdo existente em seu bojo. Contudo, na decisão emitida que decretou a prisão do parlamentar Daniel Silveira há severos elementos de inconstitucionalidade.

O trabalho visa apresentar os principais aspectos que evidenciam a afronta à Constituição Federal no caso, fazendo uma ligação com a teoria do "Direito Penal do inimigo diante da subversão do sistema acusatório brasileiro. O empenho no estudo sobre o tema se dá em razão de suas peculiaridades e relevância jurídica. Espera-se atingir os anseios do leitor de modo perspicaz e translúcido, contribuindo assim nos debates sobre o assunto, de forma a aflorar e transmitir o conhecimento.

O ímpeto em analisar e discutir temas inerentes ao Direito Constitucional e Penal fomentam a nascente no estudo sobre incontáveis conteúdos de embate político e jurídico no Estado sob a perspectiva do ordenamento jurídico vigente junto a teorias que levam a uma agradável busca pelo desenvolvimento da ciência jurídica.

A ocorrência da prisão do Parlamentar Daniel Silveira em decisão de ofício do Supremo Tribunal Federal, trouxe questionamentos se a ação está acobertada pela Constituição Federal. Além disso, os elementos de fundamentação da prisão levam a crer sobre demarcação de "inimigos" por parte do Estado. A referência ao termo idealizado por Jakobs leva a um oportuno aprofundamento jurídico por meio da pesquisa, haja vista que aurora que os resultados podem prover, trazem contributo científico jurídico.

A prisão do Deputado Federal desencadeou questionamentos de legalidade e constitucionalidade, tendo em vista a colisão com institutos, por exemplo, da imunidade

parlamentar, devido processo legal e sistema acusatório. A partir do momento em que estas ações partem do próprio órgão responsável por resguardar a Constituição Federal, gera-se uma avalanche de interpretações arbitrárias que desencadeiam insegurança jurídica. Ainda que as ações do parlamentar sejam reprováveis de forma jurídica e moral, fragilizar o ordenamento jurídico não se encontra como alternativa satisfatória para escudar o Estado Democrático de Direito.

A relevância prática e intelectual do presente artigo arvorece na tentativa de verificar os erros factuais da decisão. Enxergar e criticar construtivamente atos do judiciário coopera para tecer melhores entendimentos pautados no viés constitucional.

1. INCONSTITUCIONALIDADE DO INQUÉRITO EX OFFICIO

Neste tópico irão ser abordadas possíveis inconstitucionalidades presentes na decisão monocrática proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes. É necessário desdobrar conceitos e analisar aspectos que versam sobre o caso concreto. No hard-case da prisão do parlamentar Daniel Silveira estar-se-á analisando a inconstitucionalidade no sentido amplo, isto é, uma conduta do próprio judiciário que veio a ferir o Texto Maior.

Para Bulos (2014, p. 139), "[...] a inconstitucionalidade não é, por si só, um vício. Este é o aspecto exterior do fenômeno, que resulta de uma causa que o antecedeu, qual seja, a desconformidade da conduta, pública ou privada, perante a carta maior."

Na mesma vertente:

> É correto afirmar, portanto, que a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode ser aferida a partir de diferentes critérios, como, por exemplo, quanto ao objeto (inconstitucionalidade material ou formal), quanto à conduta (inconstitucionalidade por ação/comissiva ou por omissão/omissiva), quanto à relação que mantém com a Constituição (inconstitucionalidade direta ou por derivação/reflexa); quanto ao tempo (inconstitucionalidade originária ou superveniente) e muitos outros. (GOÉS, 2018, p.16)

O termo "inconstitucionalidade" aqui trabalhado vai além do simples reconhecimento de incompatibilidade da lei com a Constituição Federal. O que se busca é demonstrar em sentidos gerais como a fundamentação e os atos invocados na decisão violam a Carta Magna.

Bernardes e Ferreira (2015), ainda complementam que é crucial que atos atentatórios à constituição sejam repelidos e tenham seus efeitos sustados, a fim de que o princípio da Supremacia Constitucional não se transforme em apenas uma retórica. Surge

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

então a necessidade de não só verificar os casos de incompatibilidade constitucional, mas também, posteriormente, reduzir os efeitos jurídicos provocados pelos atos considerados infringentes ao ordenamento superior.

O aspecto inicial que evidencia um dos vícios na prisão do parlamentar é o fato de a decisão possuir nascedouro em um inquérito (nº 4.781) instaurado em atividade de ofício pela própria Suprema Corte. Questiona-se se o ato não seria uma anomalia da função judicial, que lesiona o sistema acusatório e garantias fundamentais.

Inquérito presidido por autoridade judiciária é evidentemente incompatível com o sistema processual brasileiro, tendo em vista que (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 49) "é um procedimento investigatório instaurado em razão da prática da uma infração penal, composto por uma série de diligências, que tem como objetivo obter elementos de prova para que o titular da ação possa propô-la contra o criminoso."

Renato Brasileiro de Lima é conciso no assunto:

> O que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar, é uma atuação de oficio. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade do acusado. (LIMA, 2019, p.1240)

Portanto, se o magistrado é contaminado pelo interesse de acusar, e cumula as atividades judicial e acusatória, não se está obedecendo a inércia do Estado-juiz, se desfigura o papel do juiz natural e falseia o devido processo legal.

Além disso, a Carta Política prescreve, no artigo 129, inciso VIII, que é função do Ministério Público "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais". (BRASIL, 1988) Sendo assim, está sendo violado o princípio do juiz natural.

Nesse compasso:

> O princípio do juiz natural visa garantir a existência de um juiz imparcial através da fixação de competência. Sabe-se assim por qual juízo será apreciada a questão, porém não por qualquer juiz. Por tal princípio se regula e legitima um juízo, atribuindo-lhe os poderes da

> jurisdição. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 27)

Tendo como base, as palavras do autor, pode-se ponderar que mitigar uma regra principiológica do Direito que resguarda a justa previsão da existência de um juiz imparcial no curso processual gera insegurança jurídica e excepcionalização por conveniência arbitrária do judiciário.

Todavia, em viés contrário, há defesas quanto a instauração de inquérito ex officio vide portaria do próprio Supremo Tribunal Federal:

> Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.
>
> § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.
>
> § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal. (BRASIL, 1980)

O artigo presente no regimento interno da Corte diz respeito a situação excepcional, onde o próprio judiciário será o titular da ação penal, sem a prévia iniciativa do Ministério Público, ou seja, se afasta o monopólio investigativo. Esta possibilidade retrata o pluralismo no sistema judicial brasileiro, tendo como alicerce a separação dos poderes e a proteção institucional.

O Supremo Tribunal Federal já referendou em plenário a interpretação constitucional sobre o artigo 43 do regimento interno do órgão:

> O sistema acusatório de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém não a estendeu às investigações penais, mantendo, em regra, a presidência dos inquéritos policiais junto aos delegados de Polícia Judiciária. Excepcionalmente, a legislação autoriza outras hipóteses de investigações pré processuais, tais como a prevista no Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por instauração e determinação de sua Presidência, nos termos do 43 do RISTF. (STF, 2021)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O intuito da norma regimental é a proteção da instituição em caso inércia do Ministério Público, fazendo com que o judiciário exerça uma função atípica, mas dentro das balizas constitucionais, assim como os demais poderes. Portanto, não haveria extensão de poder, e sim uma forma de manter a ordem democrática.

Diante de correntes antagônicas, é de interesse discutir a subversão do sistema acusatório no episódio em análise, diferenciando os sistemas acusatório e inquisitório, para melhor compreender os vícios envolvendo a prisão do parlamentar Daniel Silveira.

Renato Brasileiro de Lima (2020), traz a origem histórica a respeito do sistema inquisitório, no qual foi introduzido pelo Direito canônico no início do século XIII e, logo após, se disseminou pela Europa, chegando até os tribunais civis no período do século XII. Ainda é complementado que o sistema é caracterizado como ditatorial, devido a centralização de acusação, defesa e julgador estarem inseridos na mesma pessoa, ou seja, o juiz inquisitor.

Notadamente:

> No sistema inquisitivo (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretenso interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 54)

Em sintonia ao supracitado autor, pode-se destacar como característica inescusável, o exorbitante acumulo de funções em uma única figura do sistema de justiça, o juiz. O desequilíbrio de poder, obviamente, compromete a essência da justiça.

Com ideia adversa se encontra o sistema acusatório, que é o adotado no Brasil:

> A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo. Sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo. (BADARÓ, 2015, p. 88)

Há ainda um terceiro sistema apresentado por Renato Brasileiro de Lima (2019), derivado do inquisitorial, chamado de misto ou francês. O autor explica que a segunda nomenclatura é dada devido a sua origem no código processual da França em 1808. Ainda, nesse sistema há duas diferentes fases processuais, sendo a primeira inquisitorial,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

responsável pela busca da materialidade e do autor do crime, tendo como característica o fato de ser escrita, secreta, sem acusação e, consequentemente, ausente o contraditório.

O autor finaliza discorrendo que, já na segunda etapa, com traços do sistema acusatório, o órgão denunciante apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz jurisdiciona, e, em regra, estão presentes a publicidade, bem como a oralidade. Graças ao advento da Constituição Federal de 1988, não restam dúvidas que o sistema adotado no país, é o acusatório, tendo em vista a clara separação de funções e as garantias processuais expressas em seu texto.

Em suma, numa ótica garantista de Brito, Fabretti e Lima (2015), no sistema processual, os limites impostos ao poder de punir estatal e a estruturação da segregação de funções se fazem necessário no Estado Democrático de Direito. Da largada ao exaurimento do processo devem ser respeitados o devido processo legal e demais direitos, a fim de não se corromper ao totalitarismo.

Conforme os elementos, cumpre analisar que a degradação de garantias individuais, sobretudo no curso processual, leva a subversão do sistema acusatório, tendo em vista o distanciamento das regras processuais ao caso, a exemplo da centralização dos sujeitos processuais na figura do juiz. Um traço forte de que o acusado passou a ser tratado como "inimigo".

2. IMUNIDADE PARLAMENTAR, INCOMPATIBILIDADE DO FLAGRANTE PERMANENTE EM CRIMES INSTANTÂNEOS E A INAFIANÇABILIDADE

A imunidade parlamentar é uma garantia constitucional para o exercício da função legislativa, que tem como escopo principal evitar perseguições e assegurar o exercício livre e independente das suas atividades. Sem dúvidas é um instrumento essencial na separação de poderes.

Bulos (2014), apresenta que as imunidades parlamentares se constituíram na Inglaterra, especificamente durante o século XVII, para possibilitar aos políticos discursar sem que sejam impedidos pela Monarquia. Daí em diante, o instituto espalhou-se por todas as democracias vigentes no mundo, por consequência dos institutos, freedom of speach (liberdade de palavra) e o freedom from arrest (liberdade à prisão arbitrária), ambos advindos do Direito Constitucional Inglês.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Granda Martins averbam que:

> As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São privilégios outorgados, em face do direito comum, pela Constituição aos membros do Congresso para que estes possam ter um bom

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> desempenho nas suas funções. Neste sentido, faz-se necessário que os parlamentares gozem de ampla liberdade de expressão (pensamento, palavras, discussões e voto) e sejam resguardados de certos procedimentos legais. São chamadas imunidades material e processual, respectivamente. (BASTOS; MARTINS, 1995, p. 186)

Assim, "a finalidade das imunidades parlamentares é a garantia da independência do poder legislativo frente aos outros poderes e à sociedade para que exerçam as suas funções típicas e atípicas de forma adequada." (BATISTA, 2020, p.236)

Segundo a atual redação do artigo 53 e parágrafos, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), os Deputados Federais e Senadores, têm inviolabilidade nas searas civil e criminal, para emitir quaisquer declarações de opinião e voto e, após a expedição do diploma, a prisão só é cabível diante da existência de flagrante delitiva inafiançável, devendo os autos serem enviados no prazo de vinte e quatro horas à casa no qual faz parte. Interessante notar que estas garantias subsistem até mesmo diante do estado de sítio.

É válido expor que, conforme Tavares (2012) refere-se, a redação do art. 53, em que se encontra previstas as inviolabilidades, com a integração da Emenda Constitucional n. 35/2001, passou-se ter as expressões "civil e penalmente", deixando claro que a prerrogativa alcança tanto o âmbito criminal como o civil. Além do mais, salientou-se que a referida imunidade diz respeito a "quaisquer" das opiniões, palavras e votos dos membros do parlamento.

Vale ressaltar que a imunidade parlamentar se subdivide em dois grupos, formal e material. Walber de Moura Agra prescreve:

> A imunidade pode ser de dois tipos: formal e material. Ambas têm início com a diplomação (ratificação do resultado da eleição pela Justiça Eleitoral) dos mandatários. A imunidade pode excluir a responsabilidade penal (imunidade material) ou afastá-la durante o tempo de duração do mandato (imunidade formal), caso haja autorização para sustação do processo pela Casa à qual pertence o parlamentar. (AGRA, 2018, p. 501)

Quanto a imunidade material, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011) comentam que:

> [...] protege o congressista da incriminação civil, penal ou disciplinar em relação aos chamados "crimes de opinião" ou "crimes da palavra", tais como a calúnia, a difamação e a injúria. Trata-se de prerrogativa concedida aos congressistas para o exercício de sua atividade

> legislativa com ampla liberdade de expressão, fomentando o debate de ideias, a discussão e o voto nas questões de interesse dos seus representados. (PAULO; ALEXANDRINO, 2011, p. 475)

Por sua vez, Bahia (2017), declara a imunidade processual como um mecanismo que impossibilita a prisão do parlamentar, bem como regras especiais do processo, previstas no art. 53, §2º e §3º, da Lei Maior. Não obstante ainda pontua que neste tipo, a prisão só ocorre em caso de flagrante de crime inafiançável e, ulteriormente, a manutenção deve ser chancelada pela casa do congressista. A proteção prisional inclui também o flagrante por crime afiançável, a prisão preventiva, por exemplo.

Dadas as devidas explicações no tocante as imunidades (material e formal), cumpre constatar que no caso concreto em que houve a prisão do parlamentar Daniel Silveira, ambas foram violadas pelo Poder Judiciário, tendo em vista que as declarações do Deputado Federal, ainda que virulentas, possuem tutela das imunidades, sendo incabível a justificativa de prisão em flagrante de delito inafiançável, sob a justificativa da permanência do vídeo na Internet.

Todavia, como argumento favorável e justificável à prisão, conforme o informativo 1006/2021, do Supremo Tribunal Federal, tem-se que:

> A imunidade material parlamentar não deve ser utilizada para atentar frontalmente contra a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. Em nenhum momento histórico, em qualquer que seja o país que se analise, a imunidade parlamentar se confundiu com a impunidade. As imunidades parlamentares surgiram para garantir o Estado de Direito e da separação de Poderes. Modernamente foram se desenvolvendo para a preservação da própria democracia. (BRASIL, 2021, p. 9)

Por conseguinte, a linha de limite de acobertamento da imunidade se extingue na medida em que os atos do parlamentar se destorcem da sua função, sendo o mecanismo de proteção ao exercício constitucional legislativo utilizado como salvo-conduto para a prática delituosa.

Posto isto, a seguir, tem-se que entender as hipóteses de flagrantes que são acolhidas no ordenamento processual penal brasileiro, como se caracteriza um crime permanente e as hipóteses inafiançabilidade.

A restrição de liberdade do agente que comete delito não ocorre apenas pela via da condenação penal transitada em julgado, pois a prisão pode ser invocada em caráter cautelatório, o que inclui o estado de flagrância. Segundo Fernando Capez, "o termo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

flagrante provém do latim flagrare, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo." (CAPEZ, 2012, p. 314)

Gustavo Henrique Badaró explica sucintamente o conceito do flagrante, dizendo que "é uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada, tendo por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria." (BADARÓ, 2015, p. 961)

O flagrante está previsto no artigo 5º, inciso LXI da Bíblia Política, prevendo que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". (BRASIL, 1988)

As situações de cabimento de flagrância delitiva estão incorporadas no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), no artigo 302, incisos I, II, III e IV, isto é, quem está em cometimento de crime, quem acabou de cometê-lo, quando qualquer pessoa em determinada situação presume que o agente seja autor do delito e, por fim, aquele que é encontrado com quaisquer objetos que possibilitam presumir ser ele o autor do crime.

Renato Brasileiro de Lima comenta que:

> Cuida-se de rol taxativo, modelando e qualificando situações de flagrância, de modo a afastar eventual violência ao direito constitucional de locomoção. Esse rol, por conseguinte, não comporta o emprego de analogia, nem tampouco de interpretação extensiva, evidenciando-se constrangimento ilegal à liberdade de locomoção caso o agente se veja preso em flagrante em situação fática que não se amolde às hipóteses previstas no art. 302, quando, então, será cabível o relaxamento da prisão (CF, art. 5o, LXV). (LIMA, 2019, p. 958)

Contudo, no anômalo caso da prisão do Deputado Federal Daniel Silveira, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (2021), nos autos do inquérito 4.781, entendeu que se estaria diante de flagrância delitiva permanente em razão da delonga do vídeo no ar.

Apesar das discussões sobre o tema, é de interesse frisar que, já há precedente no Supremo Tribunal Federal que sustenta a fundamentação sobre flagrância delitiva permanente, vide caso Delcídio do Amaral:

> Por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. Nesse intervalo, o crime está em curso.

> Assim, se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio.
>
> Assim, por exemplo, no crime de tráfico de drogas – art. 33 da Lei 11.343/06 –, estando a droga depositada em uma determinada casa, o morador está em situação de flagrante delito, sendo passível de prisão em flagrante. Um policial poderia ingressar na residência, sem autorização judicial, e realizar a prisão. (BRASIL, 2021)

A flagrância permanente se justificaria em razão do crime ainda estar em execução. Em uma analogia ao caso, para os adeptos desta tese, o vídeo contendo as ofensas do deputado, por ainda estar em circulação na rede de computadores, possibilitaria a prisão, pois o crime ainda estaria em cometimento.

No viés da doutrina majoritária não se estaria diante do crime permanente, pois, como explica Fernando Capez (2016), no crime permanente a consumação se prolonga no tempo, e o bem jurídico a todo instante continua sendo atingido como, por exemplo, no tipo penal de sequestro. De modo adverso, nos crimes instantâneos, como é o caso em análise, Rogério Sanches Cunha aponta:

> Crime instantâneo é aquele que se consuma em momento determinado (consumação imediata), sem qualquer prolongação. Não significa que ocorre rapidamente, mas que, uma vez reunidos seus elementos, a consumação ocorre peremptoriamente. O conceito de crime instantâneo não se confunde com a obtenção do proveito pelo sujeito ativo. O fato, por exemplo, de o agente roubar um veículo e com ele permanecer não torna o crime permanente, já que a consumação ocorreu no momento em que, empregada a violência, a grave ameaça ou outro meio capaz de reduzir a vítima à impossibilidade de resistência, deu-se a subtração. (CUNHA, 2016, p. 166)

Insta salientar que, Cunha (2018), ressalta que os crimes contra a honra quando cometidos em face do Supremo Tribunal Federal, passam a ser abarcados no âmbito especial da Lei de Segurança Nacional.

Partindo do pressuposto de que estes crimes são classificados como instantâneos, logo àqueles também o são, em razão da similitude penal, ou seja, a honra. Destarte, não haveria que se falar em "flagrante permanente", pois o crime já se consumou após a reprodução do vídeo que contém as ofensas.

Legalmente a quebra da imunidade parlamentar só pode ocorrer quando se está praticando crime em que seja compatível a situação de flagrância junto a um crime inafiançável. Segundo Fernando Capez, a fiança:

> Consiste na prestação de uma caução de natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado. Não se admite a de natureza fidejussória, ou seja, mediante a apresentação de um fiador, devendo ser prestada por meio de dinheiro, joias ou qualquer objeto que tenha valor. (CAPEZ, 2012, p. 351)

A inafiançabilidade pode ser então conceituada como a impossibilidade absoluta perante a lei de que, na incidência do agente em determinado tipo penal incriminador, não é passível de aplicação de fiança para concessão de liberdade. Um dos requisitos para se caracterizar o afastamento da prerrogativa de tutela da imunidade parlamentar na espécie formal, é a inafiançabilidade do crime suspostamente praticado.

As hipóteses de inafiançabilidade estão previstas taxativamente no Texto Constitucional, isto significa, (BRASIL, 1988) nos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e naqueles estabelecidos como crimes hediondos.

Nesse diapasão, não há qualquer menção na Constituição Federal ou em normas infralegais trazendo óbice para concessão de fiança em um possível enquadramento do agente em crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983). Dessa forma, houve colisão da regra constitucional do artigo 5º, inciso LXVI, no qual prevê (BRASIL, 1988) à impossibilidade de prisão ou manutenção dela caso seja permitido a concessão de liberdade provisória, independentemente de haver fiança.

Na fundamentação da prisão, o Ministro Alexandre de Moraes (2021), se baseou que, por se estarem presentes os requisitos de prisão preventiva, poderia se aplicar o artigo 324, inciso IV, do Código de Processo Penal. Há correntes diversas sobre o tema, o que o torna passível de ponderações, pois a previsão constitucional de inafiançabilidade para muitos não se confunde com as situações onde há negação de fiança.

3. SIMILITUDES DO CASO COM O "DIREITO PENAL DO INIMIGO"

Sintetizado os principais vícios constitucionais e desdobrado conceitos-chave que ajudam a compreender o assunto, requer-se agora explanar em relação ao "Direito Penal do inimigo", teoria idealizada por Gunther Jakobs, e como os elementos do caso da prisão do parlamentar Daniel Silveira pairam perigosamente com ela.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para se estar sob o prisma do Direito Penal inimigo, segundo Jakobs e Mélia (2015), é necessário: a) antecipação da punibilidade; b) desproporcionalidade das penas; c) garantias processuais relativizadas ou, inclusive, extintas.

Quanto ao primeiro aspecto, isto é, a punibilidade adiantada, pode-se notar presente este elemento na prisão do Deputado Federal Daniel Silveira diante da sua prisão imediata após o fato delituoso, sem que fosse resguardada a imunidade do qual tinha direito, e que o preservaria contra a privação de liberdade precoce, já que é uma garantia democrática na esfera dos três poderes que apenas seria afastada em razão de flagrante de crime inafiançável.

Nos tipos penais que enquadraram as condutas do parlamentar é perceptível a desproporcionalidade das penas, tendo em vista que os crimes contra segurança nacional são remanescentes do período ditatorial, o que destoa junto ao atual ordenamento jurídico, em relação as penas previstas, pois preveem ações amplas e abstratas com preceitos secundários desproporcionais nos respectivos tipos penais.

Cumpre analisar em parêntese que, o dispositivo que previa as condutas contra a segurança nacional, Lei nº 7.170/1983, foi revogado por uma novel legislação, isto é, a Lei nº 14.197/2021, fazendo assim cessar os mecanismos de coerção que vigoraram desde antes da constituinte. Porém, a análise técnica do caso continua a ser sob o prisma da lei anterior.

Como terceiro elemento mais evidente tem-se a supressão das garantias processuais presentes na aplicação do sistema inquisitório por meio da instauração de inquérito ex officio, quebra da imunidade parlamentar – material e formal –, figura do juiz com supracompetência, isto é, muito além da previsão constitucional.

Com isso nota-se que:

> O Direito penal é um instrumento jurídico utilizado pelos detentores do poder de representação da sociedade nas instituições e que se aplica seletivamente, de modo preferencial àqueles que os contrariam. De outro lado, é também certo que a distribuição dos aparatos de poder sociais sofre, de modo completo, essa influência. Ou seja, todo o instrumental de regulamentação social encontra-se submetido às ingerências do poder. Com o Direito penal não poderia ser diferente. (BUSATO, 2015, p. 4)

Além disso, Valente (2010), destaca que na esfera processual penal se amplia a restrição de liberdade sem que haja uma condenação criminal sob a ótica de uma periculosidade que o autor representa a comunidade em um todo, em uma clara regressão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

processual quanto aos objetos, refutando a íntegra das garantias processuais que, por sinal, os sujeitos não taxados como "inimigos" são detentores.

A zona de aproximação pertinente do "Direito Penal do inimigo" ao caso em comento, destaca-se nas brilhantes palavras de Zaffaroni (2007) sobre esta teoria ao dizer que a essência de não tratar o "inimigo" como cidadão se baseia no fato do sistema jurídico poder-lhe negar a condição de pessoa na medida em que priva direitos individuais, e tal distinção é totalmente incompatível com o Estado de Direito.

Daniel Silveira ao dirigir ostensivamente palavras de ódio aos membros de um dos Poderes, desencadeou uma ação do Supremo Tribunal Federal imediata a fim de atenuar os efeitos provocados pela depredação da honra institucional, o que levou o parlamentar a sofrer, conforme as palavras de Valente (2010), uma espécie de ação penal em razão da perigosidade.

Observa-se ainda que, apesar da fundamentação em dispositivo vigente, pode-se questionar se há violação de dispositivos constitucionais fundamentais a fim de justificar atos à revelia de ameaças.

É algo perigoso e descrito perfeitamente por Falcão, Arguelhes e Recondo:

> "O que "vale", afinal? A letra da Constituição ou a solução "justa" mediante interpretação livre? O debate é secular e não se pode esperar resposta definitiva. Mas, em nível descritivo, já temos uma resposta institucional do Supremo. Os ministros não consideram a letra da Constituição como relevante obstáculo quando a solução que essa letra dita lhes parece disfuncional. (FALCÃO; ERGUELHES; RECONDO, 2017, p. 64)

Em sintonia com a supracitada citação, pode-se ponderar que se fere as normas constitucionais, por intermédio das ações ou omissões do seu guardião, sob o falso prisma de que, mesmo que um mandamento seja desrespeitado, se justifica o ato diante do resultado alcançado. De tal modo, a segregação traz à mesa os elementos do "Direito Penal do inimigo", na medida em que os direitos do acusado são afastados.

Cleber Masson pondera sobre a visão de Jakobs em relação ao Direito Penal do inimigo:

> Inimigo, para ele, é o indivíduo que afronta estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoas que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um

> cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas. (MASSON, 2020, p. 93)

Fazendo uma breve analogia ao caso em análise, o "inimigo", parlamentar Daniel Silveira, passa a ter suas garantias essenciais ao sistema de freios e contrapesos sendo corrompidas sob justificativa de proteger o Estado Democrático de Direito.

Valente, também em crítica, descrevia que:

> O Direito Penal do inimigo assenta arraias no quadro discursivo da existência de pessoas que pela sua antijuricidade permanente ou elevada danosidade de conduta são considerados como seres nocivos e perigosos à ordem jurídica vigente tutelante e detentora do primado da paz jurídica e social. (VALENTE, 2010, p. 91)

O falso verniz da constitucionalidade quando analisada a punibilidade apenas sob aspectos subjetivos faz aparentar o cumprimento das regras, mas o real conteúdo abaixo dessa camada frágil, esconde o desgaste talhado na nobre madeira de cedro-rosa que é a Carta Magna.

Em linhas gerais pode se inteirar:

> O que é, de toda forma, evidente, é que o Direito penal do inimigo representa ou pode representar uma ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito e, com isso, desvalorizar a segurança normativa, acentuando apenas a segurança puramente cognitiva, isto é, a eficácia frente a perigos, e não o restabelecimento da vigência da norma ou confiança dos cidadãos na mesma. (CONDE, 2012, p. 73-74)

Deste modo, as consequências de se flertar com o "Direito Penal do inimigo" não são apreciáveis em qualquer sistema processual democrático e justo. Os efeitos, analisados de forma superficial, podem ser estigmatizantes apenas ao acusado, mas numa ótica panorâmica é possível perceber claramente que a fragilização aos princípios constitucionais básicos na garantia da persecução penal gera um efeito cascata narcisista sobre a lei, destorcendo a objetividade judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A base do Estado de Direito deve ser preservada e aprimorada ao longo da vivência da sociedade. Extinguir princípios essenciais é grave, mas rasurá-los também o são. Ao destoar a regra geral para se amoldar a um caso concreto se cria insegurança e ara-se a terra para prosperar anomias jurídicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Traçando os elementos do Direito Penal do inimigo ao caso é perceptível a recepção com a teoria, podendo-se averbar que, na órbita jurídica a execução das regras, quando eivada de traços que possam ser questionados graves vícios, faz com que arvoreça o senso crítico-jurídico. Logicamente, não se buscou impor uma ideia absoluta, mas sim levar ao debate como o perigo em pairar sob os raios de referências antigarantistas, podem levar a corrosão institucional e democrática.

Argumentos jurídicos válidos, sendo contrários ou favoráveis a legalidade da prisão, coexistem. Por isso, se fez necessário inseri-los como forma de arredar a desonestidade intelectual sobre o caso, mas desde o princípio demonstrando quais pontos mais chamam a atenção e são objetos de polêmica e de maior dúvida quanto ao acolhimento segundo a Constituição Federal.

O debate entre o caso concreto e o "Direito Penal do inimigo" trouxe à baila fragmentos que demonstram como o sistema acusatório pode sofrer uma subversão, passando a sofrer fortes estigmas do sistema inquisitorial, rompendo a essência dogmática.

Desta maneira, conclui-se que a prisão do parlamentar Daniel Silveira decreta de ofício pelo Supremo Tribunal Federal pode ser considerada como um exemplo notório das características do "Direito Penal do inimigo" sendo aplicadas. Se faz ainda necessário ressalvar que o tema não se esgota por completo, podendo ser frequentemente objeto de discussões no âmbito judicial e acadêmico, haja vista que há margem para ponderações válidas que possam fortalecer ou contestar a decisão.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BAHIA, Flávia. **Descomplicando Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**.Tomo I, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATISTA, Tatiana. **Direito Constitucional**. 1. ed. Brasília: CP Iures, 2020.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. Tomo I,5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1941, on-line. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 1 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1988, on-line. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de março de 2021.

BRASIL. INFORMATIVO STF. **Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, n. 1006/2021**. Brasília: 1º de março de 2021. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF.. Acesso em 19 de abril de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616 Rondônia.** Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito [...]. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do estado de Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de novembro de 2015. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027Acesso em: 11 de outubro de 2021

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572 Distrito Federal.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Adpf. Portaria gp nº 69 de 2019. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 18 de maio de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf Acesso em: 30 de agosto de 2021.

BRITO, Alexis Augusto Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FALCÃO, Joaquim; ARGULHES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

GIL, Antônio Calos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. 1. ed. Rio de Janeiro: SESES, 2018.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. org e trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manuel de processo penal: volume único.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal - vol. 1 (parte geral arts. 1 º a 120).** 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense; Método, 2020.

POR UNANIMIDADE, Plenário mantém prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ). Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1 > Acesso em: 02 de abril de 2021.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Eloisio Moulin. **Metodologias e analíticas qualitativas em pesquisa organizacional: uma abordagem teórico-conceitua**l. Vitória: EDUFES, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/939/1/livro%20edufes%20Metodologias%20e%20anal%C3%ADticas%20qualitativas%20em%20pesquisa%20organizacional.pdf> Acesso em 19 de abril de 2021

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o "progresso ao retrocesso"**. Coimbra: Almedina, 2010.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**; 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

www.conteudojuridico.com.br

IMPOSTOS SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E O ACESSO À INFORMAÇÃO DE ISENÇÃO AOS DEFICIENTES AUDITIVOS

CLARA DE ANGELIS SANTOS MENDES: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins

WELLINGTON GOMES MIRANDA[63]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata do Imposto sobre Produtos Industrializados diante da isenção aos portadores de deficiência prevista na Lei n° 8.989 de 24 de Fevereiro de 1995. O estudo é focado na não inserção dos deficientes auditivos no rol de deficiências beneficiadas com a isenção do IPI e direcionado à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 30 que tem como relator o Ministro Dias Toffoli. À vista disso, este trabalho científico tem como principal objetivo refletir criticamente sobre a extensão do direito de isenção de IPI à deficientes auditivos e as contribuições do acesso à informação para a inclusão social e garantia da isonomia constitucional. Para atingir o objetivo esperado, o estudo deste artigo foi realizado em uma abordagem qualitativa e para a coleta de dados foi realizada uma pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, buscando apresentar contextos em doutrinas e legislações. Nesse sentido, desenvolveu-se um estudo do imposto sobre produtos industrializados e o direito de isenção aos deficientes auditivos à luz da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 30, bem como do acesso à justiça e informação para fins de igualdade e inclusão social.

Palavras-chave: Imposto sobre Produtos Industrializados. Omissão. Isenção. Deficientes auditivos.

ABSTRACT: This article deals with the Tax on Industrialized Products in view of the exemption for people with disabilities provided for in Law No. 8.989 of February 24, 1995. directed to the Direct Action of Unconstitutionality by Omission 30, whose rapporteur is Minister Dias Toffoli. In view of this, this scientific work has as its main objective to critically reflect on the extension of the right to exemption from IPI for the hearing impaired and the contributions of access to information for social inclusion and guarantee of constitutional equality. To achieve the expected objective, the study of this article was

63 Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT.

carried out in a qualitative approach and for data collection a descriptive, bibliographical and documentary research was carried out, seeking to present contexts in doctrines and legislation. In this sense, a study was carried out on the tax on industrialized products and the right to exemption for the hearing impaired in light of the direct action of unconstitutionality by omission 30, as well as access to justice and information for purposes of equality and social inclusion.

Keywords: Tax on Industrialized Products. Omission. Exemption. Hearing impaired.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Acesso à justiça e direito à informação com a finalidade de inclusão social; 3. Pessoas deficientes: razões da proteção jurídica às pessoas deficientes; 4. Imposto sobre Produtos Industrializados e isenção tributária: tratamento jurídico dado às pessoas deficientes; 5. Estudo da ADO 30/2015; 6. Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa demonstrar o acesso à informação e o acesso à justiça como forma de fomento da inclusão social, equidade, isonomia constitucional e garantia efetiva dos direitos fundamentais através de meios acessíveis e facilitadores. Sendo o estudo voltado à isenção de impostos sobre produtos industrializados aos portadores de deficiência.

Entre os impostos instaurados no Brasil, este que irá nortear a pesquisa oferece o benefício de isenção a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, autistas, sendo diretamente ou por intermédio de seu representante legal (BRASIL, 1995).

Além do acesso à informação, este artigo científico abordará o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 30/2015 que pede a extensão dos benefícios de isenção de IPI na compra de automóveis aos deficientes auditivos, pois a Lei que regia este benefício fiscal não incluía a deficiência auditiva. "O dispositivo legal em contexto, ao especificar o rol de deficiências ensejadoras do benefício fiscal, deixou de incluir os deficientes auditivos, implicando discriminação desarrazoada, a configurar omissão parcial inconstitucional", diz a ADO 30 (2015).

Este artigo científico abordará o acesso à justiça, o acesso à informação e o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 30, juntamente com doutrinas, para melhor sanar possíveis dúvidas e analisar o papel do Estado na manutenção da garantia da isonomia constitucional, equidade e inclusão social.

Sendo assim, a elaboração deste artigo se deve às inquietações perante alguns questionamentos acerca de direitos que não foram garantidos na Lei. Diante disso, esta pesquisa visa responder o seguinte questionamento: Como a extensão do direito de

isenção de IPI a deficientes auditivos, à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 30, contribuirá para a garantia da isonomia constitucional?

2. ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO À INFORMAÇÃO COM A FINALIDADE DE INCLUSÃO SOCIAL

O acesso à justiça e o acesso à informação são direitos fundamentais de todo cidadão. Em vista disso e por essa razão, no ordenamento jurídico brasileiro se encontram primordialmente previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, norma suprema e fundamental que organiza e estabelece a segmentação dos poderes políticos, os direitos e garantias fundamentais e a ordem social e econômica.

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, 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 (BRASIL, 1988).

Visando um melhor entendimento, não há como elucidar a temática sem antes destrincharmos o histórico do acesso à justiça. Por óbvio, faz-se improvável declarar com exatidão de que forma e quando surgiu o acesso à justiça, todavia, voltados a um olhar histórico, faz-se possível declarar que em 2000 a.C já havia um modelo aproximado presente no Código de Hamurabi.

Nesse ínterim, há-se o reconhecimento de que na antiguidade, almejando a criação de um estado de Direito e munido de forte objetivo de justiça, o rei da Mesopotâmia consagrou o Código de Hamurabi. O Código de Hamurabi está entre as legislações mais antigas do mundo e foi criado de forma racional e uniforme para que os litígios fossem administrados de forma justa, em outras palavras, para que a justiça fosse feita, fazendo uso da pena de talião (NADER, 2021).

A Lei de Talião, também chamada de pena de talião, é fortemente reconhecida por sua sistematização “olho por olho, dente por dente”, na qual a decisão era proporcional ao crime, estando presente o rigor recíproco entre crime e pena. Essa sistemática pode ser considerada uma melhoria no acesso e garantia da justiça se colocada de frente à sistemática dos tempos primitivos, entretanto, focalizando nos dias de hoje, muita coisa foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

modificada e aperfeiçoada, contudo ainda permanecendo a influência na primordialidade em garantir o acesso à justiça a todos.

No hodierno, vê-se que o acesso à justiça sofreu diversas modificações e tem se alinhado de forma gradativa. Sendo alvo de grande evolução, acredita-se que suas modificações decorrem das profundas transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que ocorreram e ocorrem até hoje. Desse modo, nos dizeres de Silveira (2020), atualmente o acesso à justiça é um direito estabelecido na Constituição Federal de 1988, sendo uma garantia de segurança àqueles que tiverem seus direitos violados por outrem, de forma que é considerado alicerce normativo de um amplo e irrestrito sistema que abarca normas, princípios e regras.

A partir dessa linha de pensamento, imperioso se faz trazer à lume alguns aspectos sintéticos sobre normas, regras e princípios diante do ordenamento jurídico, tais palavras que normalmente são utilizadas como sinônimos por estarem no mesmo plano, mas que possuem características e significados diferentes e dessa forma necessitam diferenciação para que não sejam objeto de confusão e más definições.

O conceito de norma jurídica sofreu muitas variações ao longo do tempo e por essa razão se torna complexo definir com exatidão o que é a norma jurídica (JUSTEN FILHO, 2021). À vista disso, compreende-se que o caminho de definição mais assertivo é iniciado com a afirmação de que a norma não se confunde com a lei, pois a lei é um meio, não o único, de produção da norma e a norma é o sentido extraído da lei. As normas podem ser consagradas por uma lei, diversas leis em conjugação, por tratados e convenções internacionais, costume, decisões jurisdicionais ou pela atuação de sujeitos privados.

Portanto, as normas têm como objetivo a materialização do direito em suas exposições hipotéticas, tomando para si esse caráter de conduta de concretização. Vê-se que na norma é presente o pressuposto ou a conjectura de uma conduta e a determinação de um resultado, assim dizendo, o prognóstico de efeitos jurídicos para a pressuposição prevista. Dessa forma, considera-se norma a proposição, análise e apreciação de uma redação ou escrito, nascendo assim a norma da interpretação (VENOSA, 2019).

Abordadas breves considerações sobre as normas, seguiremos nosso estudo com as regras e os princípios. A distinção entre regras e princípios é uma tarefa árdua e valorosa, haja vista que ambos são espécies de normas e não possuem hierarquia entre si (LENZA, 2021). Entende-se que um sistema jurídico constituído apenas por regras ou apenas por princípios seria falho, ou seria muito rígido ou muito flexível, sendo assim, há-se a busca do equilíbrio entre cada espécie normativa, principalmente sabendo que o ordenamento jurídico é repleto de espécies normativas e que elas não se substituem, mas sim se completam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal é constituída por normas jurídicas que possuem regras e princípios em sua composição. A normas concretizadoras de princípios, que possuem rigor, severidade, possibilidade de aplicação coercitiva e pouco grau de abstração, são as regras. Já as normas consagradoras de valores, que possuem ponderação, maleabilidade, necessidade de mediação concretizadora e alto grau de abstração, são os princípios (MORAES, 2020).

Sabendo que ainda há divergências na distinção entre regras e princípios, Barcellos (2018), cita oito critérios de diferenciação:

> (a) O conteúdo. Os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito. Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. Ainda no que diz respeito ao conteúdo, Rodolfo L. Vigo chega a identificar determinados princípios, que denomina de "fortes", com os direitos humanos.
>
> (b) Origem e validade. A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. Assim, é possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, perquirição essa que será inútil no que diz respeito aos princípios.
>
> c) Compromisso histórico. Os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar.
>
> (d) Função no ordenamento. Os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras. Ao modo dos axiomas e leis científicas, os princípios sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação.
>
> (e) Estrutura linguística. Os princípios são mais abstratos que as regras; em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações. Em relação às regras, diferentemente, é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação.

> (f) Esforço interpretativo exigido. Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, na expressão de Josef Esser, "burocrática e técnica".
>
> (g) Aplicação. O ponto merecerá melhor desenvolvimento no tópico seguinte. Por ora, basta registrar que, também na aplicação, princípios e regras se diferenciam.
>
> (h) (In)determinação dos efeitos. As regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos, podendo determinar uma única conduta – que não sofrerá alteração importante em decorrência dos diferentes ambientes de fato sobre os quais incidirá –, ou condutas diversas – que variam em função dos fatos subjacentes, ainda que o efeito pretendido seja sempre o mesmo [...] (BARCELLOS, 2018, p.99-100).

Tratando do campo dos princípios sob o prisma constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Título II trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o qual se subdivide em cinco capítulos: I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II – Dos Direitos Sociais; III – Da Nacionalidade; IV – Dos Direitos Políticos; e V – Dos Partidos Políticos. O acesso à justiça e o acesso à informação estão estabelecidos no Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Os direitos fundamentais são aqueles denominados imprescindíveis a uma vida digna que goze de liberdade e igualdade, assim estando intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são históricos, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, universais e limitados. Ademais, possuem três dimensões que os levam a caminhos diferentes através da mesma estrada, sendo as dimensões dos direitos individuais, direitos sociais e direitos de fraternidade, ainda assim, alguns doutrinadores também acreditam em uma quarta dimensão (PINHO, 2020).

As dimensões, também denominadas de gerações, baseiam-se na ordem cronológica em que passaram a ser reconhecidas no plano constitucional (MORAES, 2021). A primeira geração de direitos fundamentais abarca os direitos e garantias individuais e políticas tradicionais, os quais se encontram previstos nos artigos 5º e 14 da CF. Na segunda geração estão os direitos sociais, econômicos e culturais, previstos nos artigos 6º, 7º e 205 da CF. Por fim, também conhecidos como novos direitos, na terceira geração estão os direitos de solidariedade ou fraternidade, estabelecidos no artigo 225 da CF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sabendo disso, importante se faz salientar a diferença entre direitos e deveres, para Motta (2021), direitos são bens jurídicos inalienáveis concedidos pela norma jurídica, já os deveres são normas de cunho limitativo que almejam pormenorizar o exercício dos direitos e proteger os bens jurídicos concedidos. Outra diferenciação importante é a que se dá entre o direito individual e o direito coletivo, aquele que afeta o indivíduo em particular é o direito individual, já aquele que afeta um grupo determinado de pessoas que estejam correlacionadas por alguma relação jurídica é o direito coletivo.

Pois bem, o acesso à justiça e o acesso à informação são direitos fundamentais presentes na primeira geração e, conforme já apresentado, estão no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos. O acesso à justiça, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, já o acesso à informação está previsto no inciso XIV do mesmo artigo.

> Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
>
> [...]
>
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Diante da previsão constitucional supracitada, pode-se verificar que a estrutura do artigo 5° prevê primeiro o acesso à informação e depois o acesso à justiça. O objetivo dessa observação de posições não é expor que um é mais importante que o outro, o que de fato não é, mas sim expor que seguiremos a ordem da estrutura constitucional para explicar um pouco mais sobre esses direitos fundamentais linkando com sua finalidade de inclusão social.

O acesso à informação, na linha de pensamento de Lenza (2021), pode ser também denominado como liberdade de informação, tratando-se do direito de informar e ser informado. Para o doutrinador, além do inciso XIV do artigo 5°, o acesso à informação também abarca o inciso XXXIII, sendo considerada uma complementação que dispõe acerca do direito de receber informações de interesse particular, coletivo ou geral dos órgãos públicos, exceto as informações sigilosas que cooperam com a segurança do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O alcance do direito de informação se dá em dose tripla, estando no direito de informar, de se informar e de ser informado (PINHO, 2020). Desse modo, conforme já visto, sabe-se que é possível encontrar esse tríplice alcance nas disposições da Constituição Federal, visto que o direito de informação é um direito fundamental e um princípio constitucional. Insta salientar que a Constituição Federal também prevê, para os casos de violação do direito de informação no âmbito dos órgãos públicos, um remédio constitucional denominado habeas data, previsão que está estabelecida no inciso LXXII do artigo 5º.

O direito de ter acesso e obter informações verídicas é um direito de liberdade que compõe a ordem social e possui a finalidade de proporcionar e fornecer subsídios para a estruturação de convicções tangentes a assuntos públicos, caracterizando-se, principalmente, por ser um direito de todos os cidadãos, possuindo uma abrangência que independe do grupo racial, religioso ou político-filosófico a que o cidadão pertence (MORAES, 2021).

Faz-se imprescindível salientar que além da previsão constitucional anteriormente mencionada, devido a necessidade de aprofundamento e especificidade, o acesso à informação também foi regulamentado de forma específica na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Sendo assim, a lei de acesso à informação foi sancionada para regulamentar o acesso à informação já previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, além de outras demais providências.

Diante das disposições previstas na Lei, vê-se que seus procedimentos visam assegurar o direito fundamental de acesso à informação sempre se atentando aos princípios básicos da administração pública, à publicidade que possui caráter geral e ao sigilo que é exceção, à divulgação e aos meios de comunicação viáveis. De forma que, faz-se explícito o dever do Estado em garantir o direito de acesso à informação de forma clara, em linguagem acessível e transparente a todos, utilizando dos meios mais céleres possíveis.

O Estado, após reconhecer formalmente os direitos fundamentais, deve buscar a concretização e inclusão no dia a dia de todos (PINHO, 2020). Não basta o Estado reconhecer os direitos apenas no âmbito formal, seja na Constituição Federal ou na Lei de Acesso à Informação, há-se a necessidade de buscar concretizá-los verdadeiramente, incorporando-os no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes e assim fortalecendo a inclusão social.

Focados na seara da inclusão social e tendo abordado o acesso à informação como tal finalidade, temos também o acesso à justiça, o qual, em razão das diversas correntes doutrinárias, pode ser vislumbrado a partir de diversas denominações. Para Padilha (2019), o princípio do acesso ao Poder Judiciário, inafastabilidade do controle judicial ou ubiquidade da Justiça, se subdivide em princípio do acesso à justiça formal, o qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

resguarda a prestação judicial, e princípio do acesso à justiça material, o qual busca materializar o acesso à justiça buscando meios para efetivar a prestação judicial.

O princípio supracitado está intimamente ligado ao direito de ação e vai além da garantia do acesso à jurisdição, incitando uma análise ampla que abarca a sociedade como um todo e ultrapassa a esfera jurisdicional, compreendendo-se um instrumento de pacificação e resolução de conflitos, de modo que direito de ação não pode ser confundido com direito de petição (MONTENEGRO FILHO, 2019). Nessa linha de pensamento, verifica-se que o princípio fundamental do acesso à justiça está sendo respeitado quando o cidadão exercita seu direito de ação e obtém resposta jurisdicional no devido tempo.

Depreende-se que o escopo eminente do princípio do acesso à justiça é a acessibilidade jurídica de forma estruturada e justa a todos os cidadãos, escopo que para ser atingido deve ser alinhado, através do Estado regulador, ao princípio do acesso à informação, visto que se há a necessidade da prestação de informações céleres a todos os cidadãos para que a ordem jurídica justa seja atingida.

3. PESSOAS DEFICIENTES: RAZÕES DA PROTEÇÃO JURÍDICA ÀS PESSOAS DEFICIENTES

Caracterizar a trajetória das pessoas deficientes, partindo de uma posição inteiramente leiga do que é e como é viver no Brasil com algum tipo de deficiência, mostra-se um desafio muito grande, visto que é uma tarefa árdua elucidar quais as barreiras presentes em um campo quando não se está presente nele. À vista disso, faz-se de suma importância a colocação de conceitos doutrinários e legislativos como meio de auxílio e melhor compreensão deste capítulo.

> Mesmo que nem sempre consideremos obstáculos físicos como degraus e portas, atitudes não inclusivas já se apresentam como barreiras.
>
> Também confinamos as pessoas pela exclusão, individualmente, ou em grupo.
>
> Aquele que não consegue nem mesmo aproximar-se, acessar, participar, envolver-se, concorrer, perde as oportunidades e as chances e essas perdas ocorrem porque uma ou mais barreiras os confinam (VIGLIAR, 2020, p.13).

O termo pessoa com deficiência sofreu diversas alterações ao longo da história da humanidade, partindo de uma concepção de defeito, deformação, aberração, imperfeição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e punição de Deus, até chegar na atual concepção de "impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas" (BRASIL, 2015).

Assuntos voltados ao âmbito das pessoas deficientes ainda são um tabu para grande parte da sociedade, entretanto, felizmente, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (2011), as respostas à deficiência são objeto de boas e gradativas mudanças desde o ano de 1970, as quais são impulsionadas pela quantidade numerosa de cidadãos que possuem alguma deficiência, além do reconhecimento crescente da íntima ligação entre deficiência e os direitos humanos.

No século XIX, houve a introdução do método Braille de escrita para cegos, nessa mesma época as pessoas com deficiência visual foram obrigadas a parar de usar a língua de sinais, após isso, no século XX, foram criadas escolas para crianças com deficiência mental (deficiência intelectual), escolas que persistem até hoje, como a Associações Pestalozzi e a Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE). Durante a Segunda Guerra Mundial, muitos soldados sofreram acidentes nos quais se tornaram deficientes físicos, ocasião que levou a criação de centros de reabilitação ligados à área da saúde (JÚNIOR, 2010).

A partir de 1980 o deficiente foi colocado como *pessoa,* esse foi o ano promulgado pela ONU como Ano Internacional da Pessoa Deficiente. Entretanto, apesar da caminhada silenciosa, solitária, excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981, Ano Internacional da Pessoa Deficiente, promulgado pela ONU, a pessoa com deficiência passou a se organizar politicamente (FIGUEIRA, 2009). Com as mudanças que estavam ocorrendo tanto na história quanto nas leis que regiam o país, as pessoas portadoras de deficiência começaram a lutar por visibilidade e passaram a exigir pelos seus direitos como civis.

A partir disso, foram criadas pelo Governo Federal as seguintes entidades: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), responsável pela Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, que em 2009 passou a ser Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência na estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE).

Por sua vez, o Decreto 3.298/1999 regulamentou a Lei 7.853/1989, primeira lei no Brasil que versou sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, além de dispor sobre sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, instituir a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

difusos dessas pessoas, disciplinar a atuação do Ministério Público, definir crimes, e dar outras providências.

Atualmente, o portador de deficiência goza da regulamentação de algumas diversas leis. Entre elas está a Lei 10.098/2000, a qual estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências, a Lei 10.048/2000 que vai dar a prioridade em atendimento para esses indivíduos e a Lei 13.146/2015 que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Vê-se que o aumento da normatividade e proteção jurídica das pessoas deficientes têm cada vez mais se intensificado, vê-se que o Poder Legislativo tem cada vez mais se empenhado em oferecer uma vida digna às pessoas deficientes, pois é cediço que o histórico dos portadores de deficiência possui características inversas à dignidade da pessoa humana e que muitas são as dificuldades enfrentadas por eles, sejam gastos com saúde e educação de qualidade ou com instrumentos auxiliares específicos para as condições em que vivem, sejam dificuldades em arrumar emprego ou dificuldades de serem reconhecidos como parte da sociedade e como cidadãos.

> As pessoas com deficiência merecem destaque e atenção por parte do Estado e da sociedade como um todo, uma vez que historicamente sempre foram deixadas às margens do convívio social, sendo vítimas de preconceitos e discriminações, e por isso sempre encontraram grande dificuldade no processo de inclusão social, uma vez que tal inserção pressupõe de toda comunidade, a aceitação das diversidades, a integração e o convívio social (CUDZYNOWSKI; MACHADO, 2020, p. 2017).

A deficiência em si não é um problema, o tratamento negativo que as pessoas com deficiência sofrem que é. De acordo com a OMS (2011), as atitudes negativas para com a deficiência resultam em tratamentos negativos como o bullying, o desrespeito das necessidades de acesso de passageiros com deficiência nos transportes públicos, a discriminação dos empregadores e comportamentos de zombaria, atitudes que geram consequências negativas tais como baixa auto-estima e exclusão.

Talvez a indiferença seja uma das barreiras mais fortes no âmbito da pessoa com deficiência, sendo também uma das que mais precisam ser derrubadas (VIGLIAR, 2020). Desse modo, acredita-se que a principal forma de combate é a atitude e que as atitudes inclusivas, as quais podem melhorar a participação social na vida diária e remover tantas barreiras existentes, devem partir inicialmente das medidas que podem ser impostas pelo Estado para assim chegarem na sociedade como um todo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Outro ponto importante, o qual não pode passar despercebido, é a ligação da equidade e isonomia constitucional com a proteção jurídica às pessoas deficientes, tendo em vista que debater sobre equidade e isonomia constitucional é debater sobre a busca pelos direitos iguais, pela igualdade e dignidade da pessoa humana diante do sistema jurídico brasileiro.

Falar sobre equidade é lembrar do ditado que diz que cada caso é um caso. Equidade é a justiça bem aplicada, melhor dizendo, é a justiça aplicada de forma prudente ao caso, levando em atenção todas as especificidades e particularidades para que a injustiça não tenha lugar (REALE, 2002). Desse modo, voltados ao cenário das pessoas com deficiência, a equidade possui suma importância no combate da injustiça social, haja vista que se faz indispensável que a justiça, em suas múltiplas formas, se ajuste à vida.

A isonomia constitucional, por sua vez, consiste na igualdade de todos perante a lei, no tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. O tratamento igual para os desiguais só aumentaria a desigualdade existente no país, aumento que o Estado se preocupa conforme se pode vislumbrar nos diversos dispositivos constitucionais existentes (PINHO, 2020). Assim, vê-se que o tratamento desigual em condições desiguais goza de constitucionalidade e proteção, afinal, não teria sentido conceder de forma igual benefícios e assistência aos que necessitam e aos que não necessitam.

Seguindo no caminho da equidade, isonomia constitucional e proteção jurídica na vida dos portadores de deficiência, bem como atentos ao objetivo deste artigo, faz-se de grande valia salientar o tratamento dado às pessoas deficientes no direito tributário, ou melhor dizendo, no sistema tributário brasileiro. À vista dessa necessidade, o primeiro e principal alinhamento se dá na diferenciação entre imunidade e isenção, a qual exprime de forma breve que isenção é a autorização do não pagamento do tributo, já a imunidade é desobrigação do pagamento.

Nessa seara, sabendo das desigualdades e injustiças sociais as quais os portadores de deficiência são submetidos, o Estado se valeu de mecanismos visando promover a igualdade no âmbito do sistema tributário. O mecanismo a ser abordado nos próximos capítulos será a isenção tributária, mais precisamente a isenção do imposto sobre produtos industrializados às pessoas deficientes.

4. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E ISENÇÃO TRIBUTÁRIA: TRATAMENTO JURÍDICO DADO ÀS PESSOAS DEFICIENTES

Tencionando o alcance de um maior entendimento sobre o direito de isenção dos impostos sobre produtos industrializados aos deficientes auditivos e estimando ser de grande valia para a absorção e compreensão da temática deste artigo, faz-se indispensável a observância de alguns aspectos gerais e conceituais tangentes ao IPI.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O conceito de tributo pode ser considerado o primeiro ponto necessário a ser observado. De acordo com o disposto no artigo 3º do Código Tributário Nacional, "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" (BRASIL, 1966).

Em conformidade com o dispositivo supracitado, Cassone (2018) expõe que o fato gerador tributário, ou seja, o fato que gera a obrigação tributária, quando enquadrado nos termos da lei e praticado pelo contribuinte, origina a prestação pecuniária compulsória que tem como objeto o tributo. Alguns elementos são considerados imprescindíveis para que a obrigação seja tipificada como de natureza tributária, visto que do ordenamento jurídico advém outras duas primordiais obrigações jurídicas, sendo reconhecidas como de direito privado e estatutárias.

Para que a exação seja caracterizada como tributo e distinguida de qualquer outro tipo de receita estatal, Borba (2019) facilmente elenca os prolegômenos determinantes.

> 1) é um encargo financeiro de natureza pecuniária e compulsória, no qual o contribuinte é obrigado a entregar dinheiro, pecúnia, ao Estado;
>
> 2) o tributo deve ser pago em valor monetário direto (moeda, cheque ou vale postal), não podendo alguém liquidar uma dívida tributária mediante a utilização de efeitos patrimoniais ou simbólicos diversos, salvo se a lei tributária expressamente o autorizar;
>
> 3) o tributo não pode ser confundido com punição por comprometimento de ato ilícito. A sanção ou apenação por ato ilícito é representada pela penalidade pecuniária, que caracteriza uma outra modalidade de receita derivada estatal;
>
> 4) somente a lei pode instituir ou aumentar tributo, não podendo a administração fiscal fazer isso a seu critério; o princípio da legalidade é a primeira limitação constitucional à competência tributária;
>
> 5) a dívida constituída em relação aos tributos deverá ser cobrada por autoridade administrativa competente, que atuará atendendo ao que estabelece a legislação específica. O ato de cobrar tributos dos contribuintes não poderá ser discricionário, isto é, terá que ser vinculado à lei, nos limites da lei. Na atividade vinculada, a autoridade administrativa agirá exatamente como determina a norma legal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 6) tributo não se confunde com tarifa ou preço público, como é o caso da conta de luz residencial, conta de telefone, conta de gás, passagem de ônibus, metrô, barcas e outros preços públicos (BORBA, 2018, p.7).

Adentrando no conceito de tributo e sabendo de seus elementos característicos, nos deparamos com a presença de espécies, as quais estão presentes no campo tributo e possuem afinidade, contudo necessitam de diferenciação. De acordo com o que esclarece o artigo 145 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), os impostos, taxas e contribuições de melhoria são espécies de tributos e serão instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que tange às espécies de tributo, com base na teoria tripartite ou tripartida, teoria adotada na época da elaboração do CTN, o gênero tributo possui três espécies: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria (CHIMENTI, 2018). Entretanto, atualmente, diversos doutrinadores também incluem o empréstimo compulsório e as contribuições sociais no rol de espécies do gênero tributo, essa inclusão caracteriza a teoria prevalente, denominada teoria pentapartite.

A maioria da doutrina defende que no atual sistema tributário existem cinco tributos, fato que caracteriza a teoria pentapartite (SABBAG, 2019). Por outro lado, é cediço que a Constituição Federal em seu artigo 145 aponta somente a existência de três tributos, fato que preconiza a ideia de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria tripartida. Nesse ínterim, resolvendo a equação, a doutrina e o STF adotam predominantemente a teoria pentapartite, a qual prestigia os tributos finalísticos e todas suas exações se adequam ao Código Tributário Nacional.

Desse modo, é de se concluir que as espécies de tributo acolhidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelo sistema tributário nacional são os impostos (art. 145, I, da Constituição Federal), taxas (art. 145, II, da Constituição Federal), contribuições de melhoria (art. 145, III, da Constituição Federal), empréstimos compulsórios (art. 148 da Constituição Federal) e contribuições (arts. 149-A e 195 da Constituição Federal), classificações que, nos termos dos Crepaldi (2011), são divididas e interagem entre si, de forma que não se substituem.

Dentro das cinco espécies supracitadas está a espécie dos impostos, a qual, prosseguindo com a observação conceitual necessária, terá exímio destaque na ocasião deste artigo científico, visto que é caminho para a chegada do propósito alvo do nosso estudo. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 16, dispõe que "Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte" (BRASIL, 1966).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A definição trazida pelo artigo 16 do CTN abarca um conceito estritamente jurídico, entretanto também acomoda a concepção teórica, nos dizeres de Baleeiro e Derzi (2018), diferente da taxa, o imposto independe de qualquer prestação estatal específica ao contribuinte, e diferente do imposto, a contribuição de melhoria possui viés indenizatório nos devidos casos. Sendo o imposto definido como o pagamento obrigatório de dinheiro que uma pessoa jurídica de Direito Público, considerando as disposições da lei e para fins de interesse coletivo, exige de forma coativa aos sujeitos que possuem capacidade contributiva.

A capacidade contributiva é um aspecto determinante na cobrança de impostos, de forma que, em razão de sua importância, configura um princípio no Direito Tributário. O texto constitucional submete a cobrança de impostos à observância e obediência do princípio da capacidade contributiva, o qual instrui o legislador para que os impostos sejam cobrados conforme o potencial econômico de cada contribuinte, assim sendo, aqueles que possuem mais riqueza são responsáveis por pagar mais impostos do que aqueles que possuem menos riqueza, a cobrança difere os ricos dos pobres (MAZZA, 2021).

> Art. 145. [...]
>
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL,1988).

A individualidade e o poder econômico do contribuinte são aspectos ponderados na cobrança da prestação e o pagamento do imposto não assegura qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição ao contribuinte. Nessa linha de pensamento, Novais (2019) expõe que realizar o pagamento não deixará abertura para o contribuinte exigir a prestação de qualquer serviço público que seja voltado ao benefício individual, ficando livre o governante para destinar o valor arrecadado com os impostos à área que achar necessário.

Os impostos são as espécies mais importantes do sistema tributário, seja o brasileiro ou não, de forma que podem ser considerados os responsáveis por carregarem a maior quantidade de recursos ao Estado (CAPARROZ, 2020). Em regra, os recursos arrecadados primeiramente passam pelo caixa da Fazenda Pública e depois são destinados conforme o que dispõe as leis orçamentárias, entretanto, esse ponto levanta inúmeras discussões, pois muitas são as afirmações acerca da destinação dos impostos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Inegável é a asserção de que o valor arrecadado com os impostos são destinados a atender os fins coletivos, assim dizendo, é harmônica a afirmação de que são destinados ao custeio das despesas da coletividade, mesmo que, eventualmente, o constituinte coloque na frente algumas despesas gerais do Estado, ocasião em que recursos orçamentários são destinados a finalidades distintas e privilegiadas (SCHOUERI, 2021).

Vê-se, portanto, que além de cumprirem as exigências presentes na caracterização de tributo, os impostos apresentam diversas características específicas. Amaro (2021), expõe que a instituição dos impostos, a qual se dá mediante a previsão legal dos fatos típicos que dão nascimento à obrigação tributária, a não vinculação a nenhuma atuação estatal divisível e referível ao sujeito passivo e os impostos não se afetarem a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal, nem a entidades privadas voltadas a fins de interesse público, são algumas das especificidades do rol de características.

Além da diversidade de características constituintes da definição de impostos como uma espécie de tributo, há também a diversidade de espécies de impostos, os quais são classificados e divididos como impostos federais, impostos estaduais e impostos municipais. Nessa ótica, havendo diversos tipos de impostos, a Constituição Federal cuida em listá-los de modo taxativo nos artigos 153, 154, 155, e 156, do mesmo modo que cuida de prever a competência para a instituição de cada tipo de imposto.

O rol dos impostos federais, impostos que competem à União instituir, de acordo com Sabbag (2019), é constituído pelo imposto sobre importação de produtos estrangeiros (II), imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE), imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR), imposto sobre produtos industrializados (IPI), imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), imposto sobre propriedade territorial rural (ITR), imposto sobre grandes fortunas (IGF), impostos residuais e imposto extraordinário de guerra (IExt).

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
>
> I - importação de produtos estrangeiros;
>
> II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
>
> III - renda e proventos de qualquer natureza;
>
> IV - produtos industrializados;
>
> V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

> VI - propriedade territorial rural;
>
> VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.
>
> [...]
>
> Art. 154. A União poderá instituir:
>
> I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
>
> II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação (BRASIL, 1988).

Na mesma linha estão os impostos estaduais, entretanto a instituição é de competência dos Estados e Distrito Federal. No rol dos impostos estaduais, de acordo com Borba (2019), está o imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos a eles relativos (ITD), o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que iniciados no exterior (ICMS) e o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA).

Por último elencados, estão os impostos municipais, os quais possuem previsão para serem instituídos pelos Municípios, ou seja, a instituição dos impostos municipais é de competência dos Municípios. De acordo com Mazza (2021), o rol dos impostos municipais é composto pelo imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), imposto sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI ou ITIV) e imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS ou ISSQN).

Ao elencar as espécies de impostos, bem como a competência de instituição de cada espécie, nos deparamos com um dos principais objetos do nosso estudo, o IPI. Conforme já podemos observar em razão das menções anteriores, IPI é a sigla de imposto sobre produtos industrializados, imposto de competência federal que possui suas características especificadas na Seção I do Capítulo IV do Código Tributário Nacional.

Já é cediço que a Constituição da República Federativa do Brasil é a mãe suprema das leis, por essa razão e não podendo ser diferente, possui disposições valiosas e regulamentares acerca dos impostos sobre produtos industrializados, com o certo escopo de que a legislação tributária seja devidamente coerente. Nesses termos, conforme já visto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o inciso IV do artigo 153 da Constituição Federal de 1988 expõe a instituição dos impostos sobre produtos industrializados, abordando certas especificidades.

As especificidades dispostas no texto constitucional, mais precisamente no §3º, abarcam a seletividade funcional que leva em consideração a essencialidade do produto, a não cumulatividade compensatória em relação ao montante cobrado em cada operação, a não incidência sobre produtos industrializados que se destinam ao exterior e a diminuição de seu impacto no que tange a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto.

Além das disposições da norma constitucional, o Código Tributário Nacional também expõe definições e características desse imposto. Desse modo, considerando ser de grande valia abordar características conceituais, faz-se imprescindível trazer à lume o parágrafo único do artigo 46 do CTN, o qual dispõe que produtos industrializados, na seara do IPI, são produtos que tenham passado por intervenções e procedimentos que modifiquem sua natureza, finalidade ou utilidade, além de mecanismos que os aprimorem ao consumo.

> [...] o insumo (matéria-prima – MP, produto intermediário – PI, material de embalagem – ME) que não for submetido a processo de industrialização, situar-se-á fora do campo de incidência do IPI, não podendo nele incidir esse imposto, tampouco ser considerado para fins de crédito, a não ser que haja lei a autorizá-lo (CASSONE, 2018, p.273).

Pois bem, já tendo ciência do conceito de produto industrializado, partiremos para o benefício de isenção tributária de um produto industrializado específico aos portadores de deficiência, o qual teve sua previsão primordial na Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, tendo, por sua vez, uma recente alteração através da Lei nº 10.754, de 31 de outubro de 2003. Além dessas previsões, têm-se também a Instrução Normativa RFB Nº 1769, de 18 de dezembro de 2017.

Todas as previsões supracitadas dispõem, em síntese, sobre a aplicação da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis de fabricação nacional. Aquisição a ser realizada por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, de forma direta ou por intermédio de representante legal.

Insta salientar que para que a isenção tributária seja alcançada, ou seja, para que haja a dispensa do pagamento do tributo, sendo afastada a exigibilidade devida, há-se a necessidade de cumprimento de alguns requisitos. Haja vista que há a presença do fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

gerador, restando, para a dispensa de pagamento, o cumprimento dos requisitos previstos na lei, para que assim haja a dispensa legal.

Vê-se que através desse mecanismo de isenção tributária, o Estado, através do legislador, cumpre seu papel de promovedor e assegurador de direitos e igualdade aos desiguais. Ocorre que, mesmo com as boas intenções provenientes desse mecanismo, o esquecimento ou não inclusão dos deficientes auditivos no rol dos beneficiados afetou a um particular e seu descontentamento chegou ao STF por meio da ADO 30/2015.

5. ESTUDO DA ADO 30/2015

Em 2015 foi ajuizada uma ação na qual o autor, portador de deficiência auditiva, entendia que tinha direito ao benefício de isenção do imposto sobre produtos industrializados na compra de seu veículo. Diante disso, acredita-se que a judicialização dessa ação foi necessária devido a Lei 8.989/1995 não ter incluído a deficiência que o postulante possui para ser imune à cobrança de IPI. Na ação foram alegadas as seguintes afirmativas:

> TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DO IPI. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DEFICIENTE AUDITIVO. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO. RECONHECIMENTO DO DIREITO.
>
> 1. Embora a surdez seja uma deficiência de ordem sensorial, não se pode desconsiderar que esta também é uma deficiência qualificável como física, de modo a ser possível alcançar à pessoa com deficiência auditiva a isenção de que trata o § 1º do inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8.989/95.
>
> 2. O reconhecimento à isenção dá-se nos casos em que a surdez é bilateral, ainda que o comprometimento da capacidade auditiva não seja total em ambos os aparelhos auditivos, acarretando um estado de comprometimento de grau severo de seu funcionamento ideal, com a produção de dificuldades para o desempenho de suas funções próprias.
>
> 3. Padecendo a parte autora de deficiência em grau acentuado, com elevado comprometimento da capacidade auditiva bilateral, devidamente comprovado por exame audiométrico realizado junto à rede pública de saúde por fonoaudióloga, em que consta a referência à existência de curva audiométrica de grau profundo bilateral de configuração descendente, resta atestada a perda auditiva severa. Esta, pode, ainda, ser constatada em razão do comprometimento da linguagem oral do autor, também referido no mesmo exame.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 4. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30/3/2007, definiram o que deve ser entendido com a invocação do termo pessoa com deficiência. Tal convenção foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio como norma com status de Emenda Constitucional por meio do Decreto Legislativo 186/2008, revelando-se sua concessão em verdadeira ação afirmativa.
>
> 5. Reconhecida a condição de deficiente da parte autora, restam presentes as condições legais para a isenção do IPI quando da aquisição de veículo automotor. 6. Apelação provida (TRF-4 - AC: 50533427620164047000 PR 5053342-76.2016.4.04.7000, Relator: RÔMULO PIZZOLATTI, Data de Julgamento: 05/04/2018, SEGUNDA TURMA).

A ADO 30/2015 é uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que surgiu com um pedido de amplificação de isenção de IPI na compra de veículos feita por deficientes auditivos, visto que a Lei 8.989/1995, que trabalha esse assunto, só concede isenção para os deficientes físicos, visuais, mentais e autistas. Desse modo, foi ajuizada essa ADO no STF pelo ex Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, pedindo que esse benefício fiscal fosse estendido para deficientes auditivos para aquisição de automóveis.

Como já informado, essa ADO foi proposta por um Procurador Geral da República, que é um dos legitimados para apresentar ação de inconstitucionalidade. A ADO 30/2015 teve como relator o senhor Ministro Dias Toffoli (2020), que como tese apresentada em seu voto, disse que as políticas públicas propostas na lei foram incompletas e segregacionistas devido às pessoas com deficiência auditiva não terem integrado os benefícios. O Relator ainda acrescentou, que por esse motivo, os direitos constitucionais e a dignidade das pessoas com deficiências foram ofendidos.

Votando pela procedência dos pedidos e em favor das reivindicações da ADO 30/2015, foi declarada a inconstitucionalidade por omissão da Lei 8.989/95, além da decisão de que o inciso IV do artigo 1° da redação concedida pela Lei 10.690/03 seja aplicado para pessoas com deficiência auditiva enquanto se manter a omissão legislativa. Além do mais, colocou prazo de 18 meses, a partir da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional, por meio de medidas legislativas, sane a omissão legislativa.

Com a decisão proferida, deixou algumas contrariedades no âmbito tributário. Sendo a primeira delas, que a sentença vai contra a artigo 150, §6° da Constituição Federal, de forma sintética, explica que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, será dada somente por lei específica. É evidente que não foi assim que foi concedido o benefício.

Ainda no domínio tributário, o artigo 111 do CTN (1966), de forma clara dispõe que a lei tributária que ordena sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário deve ser interpretada de forma literal. Por fim, no último tópico de incompatibilidade tributária, o artigo 108 do CTN fala como a autoridade competente poderá aplicar a norma tributária em caso de ausência da norma expressa. Tipificando ordem de aplicação, com a equidade ficando por último. Mas o §2° do mesmo artigo expressa claramente que em que caso seja aplicada a equidade não poderá proceder a dispensa do pagamento de tributo devido.

Tem-se outro ponto polêmico, mas agora na esfera constitucional. Na decisão, o Ministro Dias Toffoli fixou para o Congresso Nacional o prazo de 18 meses para sanar a omissão. Ocorre que, o artigo 2° da Constituição Federal de 1988, fala que os poderes da união são harmônicos e independentes, nessa mesma linha de pensamento o Ministro Marcos Aurélio (2020), destacou que é exagero fixar prazo para o legislador e que não compete ao STF estabelecer prazo ao legislativos, podendo até acarretar um desgaste entre os dois poderes.

Vale ressaltar uma curiosidade, a ADO 30/2015 está classificada com a pauta do 10° objetivo da Agenda 2030, que visa reduzir a desigualdade dentro dos países e entre as próprias nações. Ao todo são 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, em que todos os processos de controle de constitucionalidade e com repercussão geral serão classificados com um dos 17 objetivos da Agenda 2030.

Atendo-se às limitações estabelecidas na própria pesquisa científica, essas citadas incertezas e esses contrapontos, gerados pela decisão do Senhor Ministro Dias Toffoli, sem sombra de dúvida, valem a exploração como matéria de pesquisa futura. De feitio que, essas desavenças entre a decisão do Ministro do STF e a lei vigente, pode ensejar um novo debate, tanto jurisprudencial como doutrinário. Abrindo, então, novas vertentes de discussão sobre a temática.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção desse artigo científico sobreveio da necessidade de um estudo aprofundado em resposta às diversas inquietações levantadas perante alguns questionamentos acerca de direitos que não foram garantidos na Lei, contrariedade evidente diante dos deveres do Estado regulador.

Desse modo, o presente artigo científico foi voltado ao estudo da isenção dos impostos sobre produtos industrializados, bem como o alcance dessa isenção tributária no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

âmbito dos portadores de deficiência. Além disso, cumprindo fielmente com a temática, foi realizado um levantamento minucioso do acesso à informação e acesso à justiça com a finalidade de inclusão social e garantia da equidade e isonomia constitucional.

Pode-se vislumbrar que o estudo em análise é totalmente voltado ao amparo efetivo de direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, visando explicitar vias facilitadoras para a promoção da igualdade e da justiça e viabilizando o alcance aos portadores de deficiência, pessoas colocadas distantes em razão do contexto histórico vivido e de suas limitações.

Vê-se que a temática desse artigo possui suma importância tanto para o meio jurídico quanto para a sociedade como um todo, uma vez que abarca conceitos e procedimentos jurídicos estreitamente ligados ao fomento e à evolução dos direitos humanos, além da conscientização de pontos necessários como a inclusão das pessoas deficientes no meio social.

Apesar dos erros cometidos ao decorrer dos tempos, torna-se evidente a busca gradativa do Estado em garantir a igualdade entre todos os cidadãos e primar pela dignidade da pessoa humana, busca que pôde ser vislumbrada tanto nas disposições expostas ao longo desse artigo científico quanto no estudo da ADO 30/2015.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário brasileiro.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BORBA, Claudio. **Direito Tributário.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/11/2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a política nacional para integração da pessoa portadora de deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 07/11/2021.

BRASIL. **Lei de nº 5.172 de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a união, estados e municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 de outubro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 07/11/2021.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio as pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a coordenadoria nacional para integração da pessoa portadora de deficiência (corde), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do ministério publico, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 07/11/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em: 07/11/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm. Acesso em: 07/11/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 07/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **ADO nº 8622001-74.2015.1.00.0000/DF.** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: 24 de Agosto de 2020. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939900329/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-30-df-8622001-7420151000000/inteiro-teor-939900339?ref=juris-tabs. Acesso em: 09/11/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPARROZ, Roberto. **Direito tributário esquematizado.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASSONE, Vittório. **Direito tributário.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito tributário.** 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito tributário:** teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FIGUEIRA, Emilio. **Caminhando em Silêncio:** Uma introdução à trajetória da pessoa com deficiência na história do Brasil. 2. ed. São Paulo: Giz Editorial, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional:** Esquematizado. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional:** teoria, jurisprudência e questões. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NOVAIS, Rafael. **Direito Tributário Facilitado.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Relatório mundial sobre a deficiência.** 1. ed. São Paulo: SEDPcD, 2012.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Direito Constitucional:** teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2. Turma). **Apelação Cível nº 5053342-76.2016.4.04.7000/PR.** Relator: Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 abril 2018. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567055959/apelacao-civel-ac-50533427620164047000-pr-5053342. Acesso em: 09/11/2021.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário essencial.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário.** 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. **Acesso à Justiça.** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. **Pessoa com deficiência:** exclusão e acessibilidade. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AJUSTAMENTO RAZOÁVEL: ANÁLISE A RESPEITO DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO E NOMEAÇÃO DE CANDIDATO COM DEFICIÊNCIA APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO

FÁBIO MAGALHÃES PINTO: Defensor Público do Estado do Maranhão Graduado em Direito na Universidade Federal do Maranhão e Pós Graduado em Direito do Idoso pela Instituto Brasileiro de Formação - UNIBF

RESUMO: Apesar dos diversos avanços conquistados na temática de direitos das pessoas com deficiência, tais como inclusão, acessibilidade e uma série de outras garantias diretamente relacionadas aos direitos humanos deste grupo, ainda há muito a ser debatido a respeito dos meios de efetivação de todo esse conjunto de garantias que aos poucos vem ganhando relevante fundamento no ordenamento jurídico brasileiro. Especialmente no âmbito dos concursos públicos, algumas questões ainda precisam ser observadas. Nesse contexto, o presente artigo tem o intuito de debater o dever de reserva de vagas para pessoas com deficiência a ser observado pela Administração Pública durante a realização de concursos públicos, bem como a forma através da qual o referido dever se concretizará, observando as formas de classificação e convocação dos candidatos com deficiência. Para isso, inicialmente, o artigo apresenta um panorama geral do conjunto normativo relacionado ao tema. Em um segundo momento o artigo passa a analisar o caso concreto do concurso público realizado pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão para o preenchimento de vagas para o cargo de Defensor Público de Primeira Classe e como deverá se dar a reserva de vagas, a lista de classificação e a ordem de nomeação dos candidatos com deficiência neste certame. Por fim, concluiu-se que a posição dos candidatos na lista de classificação deverá permanecer inalterável e que a ordem de nomeação – que se encontra regulada apenas por meio de resoluções – seja revista e sensivelmente alterada para assim melhor se adequar às previsões legislativas e principiológicas afetas ao tema.

Palavras-chave: Reserva de vagas. Pessoa com deficiência. Concurso público.

ABSTRACT: Despite the several advances achieved in the theme of the rights of people with disabilities, such as inclusion, accessibility and a series of other guarantees directly related to the human rights of this group, there is still a lot to be debated regarding the means of implementing all this set of guarantees that are slowly gaining a relevant foundation in the Brazilian legal system. Especially in the context of public tenders, some issues still need to be observed. In this context, this article aims to discuss the duty to reserve vacancies for people with disabilities to be observed by the Public Administration

during public tenders, as well as the way in which said duty will be implemented, observing the forms of classification and summoning of candidates with disabilities. For that, initially, the article presents an overview of the normative set related to the theme. In a second moment, the article analyzes the concrete case of the public contest held by the Public Defender of the State of Maranhão to fill vacancies for the position of Public Defender of First Class and how the reservation of vacancies should be done, the list of classification and order of nomination of candidates with disabilities in this event. Finally, it was concluded that the position of candidates on the ranking list should remain unchanged and that the order of appointment - which is regulated only through resolutions - be revised and significantly changed to better adapt to legislative provisions and principles related to the theme.

Keywords: Reservation of vacancies. Disabled person. Public tender.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conjunto normativo de proteção aos direitos da pessoa com deficiência e o direito à reserva de vagas. 3 Concurso para a defensoria pública estadual do maranhão e a ordem de classificação e convocação de candidatos com deficiência. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A despeito de todos os avanços nas políticas de inclusão e demais direitos relacionados às pessoas com deficiência, ainda há muito a ser aprimorado, debatido e questionado quanto à efetivação de tais direitos e principalmente quanto a melhor maneira de integrar esse grupo sem que isso acabe por gerar novos processos de discriminação. Apesar de já existir um amplo conjunto normativo com a finalidade e guiar as políticas públicas destinadas à garantia dos direitos das pessoas com deficiência, a efetivação destes ainda encontra barreiras práticas, como é o caso da garantia de inclusão no trabalho, o que inclui o serviço público.

A política de reserva de vagas para pessoas com deficiência foi, sem dúvida alguma, um grande avanço na garantia de direitos humanos desse grupo e na inclusão destes no ambiente profissional. Contudo, na prática, alguns detalhes ainda geram inseguranças ou, por serem ainda pouco debatidas, acabam por gerar um ônus excessivo à Administração Pública. É o que ocorre, por exemplo, quando da reserva de vagas, classificação e nomeação de pessoas com deficiência em concursos públicos, como no caso concreto de que trata o presente artigo.

Sabe-se que a Constituição Federal, acompanhado de leis infraconstitucionais, garantem às pessoas com deficiência a reserva de um percentual mínimo e máximo de vagas nos concursos públicos, mas tal conjunto normativo mostra-se pouco satisfatório

quando se trata de explicar os meios práticos de efetivação dessa política, deixando pouco claro a forma como tais candidatos deverão ser nomeados ou mesmo dispondo sobre a classificação dos candidatos de forma que pode não ser a mais adequada tendo em visto o princípio do ajustamento razoável. É sobre estas lacunas e fragilidades normativas a respeito do tema que este artigo tratará, oferecendo algumas possíveis adequações.

2. CONJUNTO NORMATIVO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À RESERVA DE VAGAS

Começando pelo âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (CDPD/ONU), aprovada em 2006 e assinada pelo Brasil no ano seguinte, constitui um dos diplomas internacionais mais relevantes sobre o tema. Em 2008, a referida convenção foi internalizada à Constituição brasileira por meio do procedimento previsto no art. 5º, §3º da CRFB/88 segundo o qual os tratados internacionais, após passarem por uma votação de dois turnos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, ao receber voto favorável de três quintos dos membros de cada casa legislativa, passam a ter caráter de Emenda Constitucional, ou seja, passam a ter o mesmo valor jurídico-normativo que qualquer outra normal constitucional.

A CDPD/ONU inseriu e ressignificou uma série de outros conceitos jurídicos que vão além das noções de deficiência, incluindo também os conceitos de discriminação e a importantíssima noção de acomodação razoável – em inglês, *reasonable accommodation*. A esse respeito, é relevante mencionar o que observa a professora Flávia Piovesan:

O propósito maior da Convenção é "promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para implementação dos direitos nela previstos. Introduz a Convenção o conceito de "reasonable accomodation", apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações **razoáveis** e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com os demais. (PIOVESAN, 2010, p.225)

No que tange à aplicação do ajustamento razoável pela via da política de cotas para pessoas com deficiência, tem-se, por exemplo, o que dispõe o art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência[sic] e definirá os critérios de sua admissão"[64]. O referido dispositivo constitucional estabelece uma reserva de lei que

[64] Em que pese a expressão "pessoas portadoras de deficiência" não seja mais adequada atualmente, devendo ser substituída por "pessoas com deficiência", tal disposição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

posteriormente fora suprida com a Lei nº 7.853/89 e pelo Decreto nº 3.298/99. A Lei nº 7.853/89 dispõe apenas de forma genérica sobre a integração da pessoa com deficiência, já o Decreto nº 3.298/89, por sua vez, regulamenta o tema em seu art. 37 da seguinte forma:

> Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência [sic] o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador [sic]
>
> §1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.
>
> §2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Na mesma linha do dispositivo acima temos a Lei nº 8112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e que traz o percentual máximo de vinte por cento para a reserva de vagas para pessoas com deficiência. Diz o §2º, do art. 5º da referida lei:

> Art. 5º [...]
>
> §2º Às pessoas portadoras de deficiência [sic] é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras [sic]; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

O direito ao trabalho e a acessibilidade dos cargos públicos às pessoas com deficiência também possui previsão genérica na Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) nos seus artigos 34 e 35, sendo tais garantias regulamentadas de forma mais detalhada pelo decreto nº 9.508/2018 em termos muito semelhantes aos do Decreto nº 3.298/89.

---

continua sendo válida com as devidas adequações terminológicas, assim como todas as demais mencionadas ao longo deste artigo.

Especificamente no Maranhão, a matéria é objeto da Lei 5.484/1992, que dispõe:

Art. 3º Para cargo ou função específica fica assegurado o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas existentes em relação ao global, a ser preenchidas pelos deficientes, conforme processo seletivo e classificatório definido nesta lei.

Dito isso, diante do amplo conjunto legal apresentado até aqui, fica devidamente evidenciado que a administração pública tem o dever de reservar às pessoas com deficiência um percentual de vagas que compreenda entre 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) de todas as vagas a serem preenchidas. Contudo, na prática, este dever pode sofrer alguns condicionamentos e tais limitações serão objeto do tópico seguinte.

3 CONCURSO PARA A DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL DO MARANHÃO E A ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO E CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA

Em 2011 a Defensoria Pública Estadual do Maranhão (DPE/MA) realizou concurso público para o preenchimento de quatro vagas para o cargo de Defensor Público de 1ª Classe. Segundo o item 5.1 do edital do referido certame, cinco por cento das vagas que surgissem durante o prazo de validade do concurso seriam reservadas a pessoas com deficiência. Contudo, é preciso esclarecer alguns pontos a respeito da forma de preenchimento dessas vagas.

De fato, o referido concurso público oferecido pela DPE/MA ofereceu um total de 33 (trinta e três) vagas. Sendo assim, o percentual de cinco por cento deste total de vagas resultaria em 1,65 (um inteiro e sessenta e cinco décimos) de vaga para pessoas com deficiência, ou seja, um número fracionado. Neste caso, conforme o já mencionado §2º, do artigo 37, do decreto nº 3.298/99, o número de vagas reservadas deverá ser arredondado até o primeiro número inteiro subsequente. Portanto, aplicada a regra presente no decreto nº 3.298/99 ao caso em questão, tem-se o total de duas vagas reservadas a pessoas com deficiência.

Por outro lado, deve-se observar que a aplicação do dispositivo previsto no decreto nº 3.298/99 é passível de algumas limitações. O Supremo Tribunal Federal (STF) possui entendimento consolidado no sentido de não ser possível aplicar o arredondamento do número de vagas para o número inteiro subsequente conforme dispõe o decreto em questão nos casos em que tal arredondamento resulte em uma reserva que vá além do máximo de 20% (vinte por cento) previsto em lei. Neste sentido o MS 31695, de 2015, se relatoria do Ministro Celso de Mello:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) – CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR PARA AS VAGAS VINCULADAS A ESSA ESPECÍFICA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL – ESTABELECIMENTO, PELO EDITAL E PELA LEGISLAÇÃO PERTINENTE, DE PARÂMETROS A SEREM RESPEITADOS PELO PODER PÚBLICO (LEI Nº 8.112/90, ART. 5º, § 2º, E DECRETO Nº 3.298/99, ART. 37, §§ 1º E 2º) – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL – PRECEDENTES – CLÁUSULA GERAL QUE CONSAGRA A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – INCIDÊNCIA DESSA CLÁUSULA ("NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM") NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE NAS DE DIREITO PÚBLICO QUE SE ESTABELECEM ENTRE OS ADMINISTRADOS E O PODER PÚBLICO – PRETENSÃO MANDAMENTAL QUE SE AJUSTA À DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> (MS 31695 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 09-04-2015 PUBLIC 10-04-2015)

Sendo também pertinente mencionar o MS 30.861 de 2012 sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cuja ementa segue:

> Mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Concurso público. MPU. Candidata portadora de deficiência. Cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. 5. Segurança concedida.
>
> (MS 30861, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 06-06-2012 PUBLIC 08-06-2012 RIP v. 14, n. 73, 2012, p. 239-241)

No caso analisado no MS 30.861, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o certame havia oferecido apenas duas vagas para o cargo pretendido pela impetrante – pessoa com deficiência – e a reserva de uma dessas vagas significaria uma reserva de 50%

(cinquenta por cento), o que violaria o máximo de 20% (vinte por cento) previsto em lei. Sendo assim, nenhuma vaga fora reservada, inicialmente, para pessoas com deficiência, as quais seriam nomeadas com o surgimento de novas vagas por meio de cadastro de reserva.

Isto posto, pode-se entender que em concursos cujo número de vagas for igual ou inferior a quatro, o arredondamento do número de vagas reservadas para o número inteiro subsequente não será aplicável. Contudo, o entendimento firmado pelo STF não torna sem efeito a garantia constitucional de acessibilidade dos cargos públicos a pessoas com deficiência, mas sim a compatibiliza com outros princípios como o da razoabilidade e da adequação razoável, sendo este último, conforme já pontuado neste artigo, o norteador de toda a política de inclusão.

No que tange às listas de classificação, na ocasião do julgamento do MS 11.983 em 2007, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou pelo direito de a pessoa com deficiência ser posicionada dentro do número de vagas conforme trecho do informativo jurisprudencial transcrito abaixo:

> CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR. DEFICIÊNCIA. ORDEM. NOMEAÇÃO. Os impetrantes, portadores de deficiência (termo utilizado pela CF/1988), insurgem-se contra a posição em que figuram na lista geral dos candidatos aprovados e classificados no concurso público em questão. Havia 272 vagas e foram aprovados seis candidatos portadores de deficiência (reservadas a eles 14 vagas - 5% do total), figurando os impetrantes em 3º (nota 63,35) e 4º (nota 60,60) na lista especial, mas em 607º e 608º na lista geral, que continha 610 nomes. Anote-se, primeiramente, que não impugnavam os critérios adotados no edital, mas apenas a aplicação deles, daí não haver censura quanto ao exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, pois não se está a questionar o mérito administrativo. É consabido que o art. 37, VIII, da CF/1988 reserva vagas aos portadores de deficiência para o provimento de cargos ou empregos públicos. O percentual mínimo de 5% (art. 37, § 1º, do Dec. n. 3.298/1999) e o máximo de 20% (art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990) são assegurados, ressaltado que devem os portadores de deficiência concorrer em igualdade de condições com os demais candidatos (art. 37, caput, do referido decreto). **Porém o que se reserva são vagas e não posições na classificação do certame**. A lista geral de aprovados e classificados, além de demonstrar o desempenho conforme a nota obtida, tem por finalidade orientar o preenchimento das vagas existentes enquanto ordena a sequência do chamamento dos candidatos. Assim, nos casos em que há portadores de deficiência aprovados, a lista geral não pode

> ser elaborada tão-somente com base na nota final: para que se dê efetividade ao mandamento constitucional, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com médias inferiores aos demais (tal como no caso), devem posicionar-se dentro do número total de vagas existentes. Com esse entendimento, ao considerar o número de vagas existentes, as classificações obtidas na lista especial e as notas finais obtidas, a Seção, por maioria, assegurou aos impetrantes figurar na lista geral em 269º e 270º, respectivamente, e não em 60º e 80º, tal como pleiteado. Os impetrantes defendiam que se elaborasse a lista conforme a proporção de um portador de deficiência aprovado para cada 19 outros candidatos (entendimento acolhido pelos votos vencidos). Precedentes citados: MS 8.411-DF, DJ 21/6/2004, e MS 8.482-DF, DJ 14/9/2005. **MS 11.983-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/12/2007**. (INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA Nº342, STJ, 2007, p.3, grifo nosso)

Apesar da excelência do ensinamento acima esposado, ousa-se discordar do ponto em que é assegurado ao candidato com deficiência o direito de constar na lista geral de classificação dentro do número de vagas ofertadas, posto que tal posicionamento é inócuo ao passo que o ato de nomeação do candidato não obedecerá a ordem estabelecida na lista geral de classificação no certame.

No certame da DPE/MA, por exemplo, se fosse adotado o raciocínio apontado pelo STJ, o candidato com deficiência aprovado em primeiro lugar na lista de pessoas com deficiência ocuparia a 33ª (trigésima terceira) posição na lista geral de aprovados, posto que o concurso possuía apenas 33 (trinta e três) vagas e o candidato obteve nota suficiente apenas para ocupar a 95ª posição na classificação geral. Contudo, se posteriormente, ainda dentro do prazo de validade do concurso, fossem criadas e oferecidas mais trinta vagas, seria necessário reposicionar o candidato com deficiência e colocá-lo na 63ª (sexagésima terceira) posição, o que certamente geraria uma enorme insegurança jurídica e instabilidade à administração pública.

Sobre a elaboração da listagem dos aprovados nos certamos públicos, diz o decreto nº 3.298/99, em seu art. 42, que "a publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos". Assim, não há que se falar em qualquer reposicionamento na lista de classificados no concurso, apenas está prevista a elaboração de duas listas para que, no momento da nomeação, seja seguida a ordem estabelecida na segunda lista. Nesta linha também segue a resolução nº 009/2012 da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, conforme seu art. 1º, §2º.

Contudo, no que diz respeito aos critérios de nomeação de candidatos com deficiência, a legislação manteve-se silente. Para suprir essa lacuna legislativa, diversos órgãos públicos passaram a estabelecer que deverá ser nomeada uma pessoa com deficiência a cada vinte vagas ao passo que 5% (cinco por cento) de vinte corresponde a um número inteiro. Mas ainda persiste a dúvida a respeito do momento dessa convocação. A resolução nº54/2011, que regulamenta a matéria no âmbito da Defensoria Pública da União, constata-se que há a reserva da 5ª vaga às pessoas com deficiência, *in verbis*:

> Art. 5º. Nos Concursos, de abrangência nacional ou regional, com oferecimento mínimo de 20 (vinte) vagas, os candidatos com deficiência, aprovados dentro do número de vagas reservadas, figurarão na lista de classificação geral e serão nomeados para o provimento da 5ª (quinta) vaga e, na sequência, na 20ª, 40ª, 60ª, 80ª, 100ª, 120ª, 140ª vagas e, assim, sucessivamente. (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2011)

Apesar do critério apontado na resolução acima resguardar o direito à acessibilidade, poderia ser mais adequado estabelecer que as nomeações subsequentes à primeira ocorram, na verdade, na 21ª, 41ª posições e assim sucessivamente com intervalos de vinte vagas. Este foi o modelo adotado pela DPE/MA conforme demonstra o art. 5º da Resolução nº 009/2012 da instituição. Tal consideração se sustenta no fato de que, se a primeira vaga reservada fora ocupada na 5ª (quinta) oportunidade, ao se chegar à 20ª vaga preenchida, esta ainda poderá ser ocupada por candidato sem deficiência, pois uma das vinte vagas já foi assegurada, preservando-se, assim, o percentual mínimo de 5% (cinco por cento).

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o panorama normativo e jurisprudencial apresentado, o que se pode concluir é que tanto a Constituição Federal, por meio da internalização da CDPD/ONU, quanto a legislação infraconstitucional brasileira estabelecem à Administração Pública o dever de reservar em seus concursos um percentual de vagas para pessoas com deficiência que deverá ser de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas.

No que diz respeito à classificação dos candidatos ao certame, esta deverá ser feita, conforme disposição legal apoiada por entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras, por meio de duas listas, sendo uma delas para todos os candidatos e a outra apenas para os candidatos com deficiência.

Contudo, é no momento da nomeação que se instala a questão mais relevante debatida neste artigo. Diante da lacuna legislativa a esse respeito e considerando que tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

matéria só se encontra regulamentada por meio de resoluções, pode-se concluir ao longo deste que a forma de nomeação que melhor coaduna com todas as disposições legais e principiológicas aqui expostas a respeito dos direitos das pessoas com deficiência – especialmente com o princípio do ajustamento razoável – é aquela que considera que o primeiro candidato com deficiência a ser nomeado ocupe a 5ª (quinta) vaga e os demais candidatos com deficiência aprovados ocupem a 21ª (vigésima primeira), 41ª (quadragésima primeira) vaga e assim sucessivamente, permanecendo inalteradas as posições na lista de classificação.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Mandado de Segurança 30861/DF**. Relatoria Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4134222>. Acesso em: nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Mandado de Segurança 31695/DF**. Relatoria Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4326693>. Acesso em: nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (3. Seção). **Mandado de Segurança 11983/DF.** Relatoria Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em:< https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200601364091> Acesso em: nov. 2021

_____. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm> Acesso em: nov. 2021.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em: nov. 2021.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: nov. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

_____. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm> Acesso em: nov. 2021.

_____. **Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018.** Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9508.htm> Acesso em: nov. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Resolução CSDPU Nº 54, de 4 de outubro de 2011.** Dispõe sobre o ingresso e a lotação de candidatos com deficiência no âmbito da Defensoria Pública da União. Brasil: Conselho Superior da Defensoria Pública da União, 2011. Disponível em: https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/6959-resolucao54. Acesso em: nov. 2021

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARAHÃO. **Resolução nº 009 CSDPEMA, de 01 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a reserva de vagas em concurso público, o ingresso e a lotação de candidatos com deficiência no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Disponível em: < https://defensoria.ma.def.br/SAGAP/conselho/documentos/legislacao/UkVTT0xVx8NPIE5vIDAwOS5wZGZfMTkxMjIwMTIxNjI2Mzc=.pdf> Acesso em: nov. 2021

MARANHÃO, **Lei Ordinária Estadual nº 5.484, de 14 de julho de 1992**. Disponível em:< https://stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=1786> Acesso em: nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11 ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência nº342, de 10 a 14 de dezembro de 2007.** Este periódico, elaborado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ, destaca teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos incluídos na Base de Jurisprudência do STJ, não consistindo em repositório oficial de jurisprudência. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0342.pdf. Acesso em: nov. 2021

www.conteudojuridico.com.br

AVALIAÇÃO FUNCIONAL DO SERVIDOR PÚBLICO: UM (DES) RESPEITO AOS PRINCIPIOS DA MORALIDADE DE IMPESSOALIDADE

KALYANDRA NERY DOS SANTOS: Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ilhéus.

FLORISVALDO CAVALCANTE DE ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: A avaliação especial de desempenho é um instrumento estruturado para avaliar se o servidor tem as condições necessárias para o exercício do cargo realizado durante o estágio probatório, no qual o servidor deverá ser observado em relação aos seguintes aspectos: Assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade, responsabilidade. Portanto, o objetivo desta pesquisa é avaliar a eficácia da Avaliação funcional do Servidor Público no Estágio Probatório no Município de Ilhéus-BA. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, a qual foi desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído de livros, teses, artigos científicos, e legislação. Este trabalho é composto por 03 sessões: A primeira conceitua o Agente público, perpassando pelos requisitos de ingresso ao serviço público e conceito da avaliação de desempenho; A segunda aborda a contextualização da Avaliação de Desempenho do Servidor Público no Brasil, assim como no Município de Ilhéus e a competência da Avaliação pela chefia imediata; a terceira destaca sobre a (in)eficácia da Avaliação de Desempenho do Servidor Público. Este artigo contribui de forma relevante para uma melhor compreensão da efetividade do Servidor no serviço público, tendo como sistema a Avaliação de Desempenho do Servidor Público no Estágio Probatório.

Palavras-chave: Estágio Probatório. Servidor Público. Avaliação de Desempenho.

ABSTRACT: The special performance evaluation is a structured instrument to assess whether the civil servant has the conditions required for the exercise of the load carried out during the probationary stage, none of which the civil servant must be observed in relation to the following aspects: Attendance, discipline, capacity for initiative, productivity, responsibility. Therefore, the objective of this research is to evaluate the effectiveness of the Functional Evaluation of Public Servants in the Probationary Internship in the Municipality of Ilhéus-BA. The research methodology used was bibliographical, which was developed from material already prepared, consisting of books, theses, scientific articles and legislation. This work is composed of 03 classes: The first concept is the Public Agent, passing through the requirements for admission to the public service and the concept of performance evaluation; The second addresses the contextualization of the Performance Assessment of Public Servants in Brazil, as well as in the Municipality of Ilhéus and the

competence of the Assessment by the immediate supervisor; the third highlights the (in)effectiveness of the Performance Assessment of Public Servants. This article makes a relevant contribution to a better understanding of the effectiveness of civil servants in the public service, having as a system the Performance Assessment of Civil Servants in the Probationary Internship.

Keywords:: Probationary Stage. Public Servant. Performance Evaluation

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Agente público 2.1. Conceito de agente público à luz da lei 8.112/1990 2.2. Requisitos de ingresso no serviço público 2.3. A história da avaliação de desempenho 2.4 conceito de avaliação de desempenho 3. Avaliação de desempenho no estágio probatório 3.1. O estágio probatório no brasil 3.2. O estágio probatório no município de ilhéus-ba 3.3. Da competência da chefia imediata 4. A (in) Eficácia da Avaliação de Desempenho 5. Considerações finais . Referências

1. INTRODUÇÃO

Uma ferramenta essencial ao serviço público é a avaliação especial de desempenho. Instrumento estruturado para avaliar se o servidor tem as condições necessárias para o exercício do cargo e realizado durante o período do estágio probatório, no qual o servidor deverá ser observado em relação aos seguintes aspectos: Assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade, responsabilidade. Porém esse servidor que ainda está em fase de conhecimento das técnicas laborativas não possui destreza nas atividades a serem desenvolvidas e ao mesmo tempo já e cobrado o seu desempenho eficaz. Segundo Chiavenato (2000), o método de avaliação de desempenho é uma "apreciação sistemática do desempenho de cada pessoa, um processo dinâmico, que serve para julgar ou estimular o valor, a excelência e as qualidades das pessoas e sua contribuição para o negócio da organização". A avaliação de desempenho, se bem aplicada, é um importante instrumento de gestão para mensurar o desempenho dos funcionários. Por esse mesmo motivo, o preparo não qualificado do avaliador na condução desse processo pode gerar uma profunda insatisfação nos avaliados, comprometendo a produtividade e a credibilidade dentro do Serviço Público. Assim sendo, chega-se ao seguinte questionamento: Até que ponto pode o Estágio probatório ser Método Avaliador de Desempenho? Com o estudo realizado para avaliar o desempenho dos Servidores Públicos no período do Estágio probatório, foram levantados pontos específicos que podem colaborar para o aperfeiçoamento do método e a eficácia em sua aplicação. Estes quesitos demonstraram que existem lacunas durante o processo que se mostra uma tanto subjetivo como a escolha do avaliador sem capacitação inerente para desenvolver a tarefa e que as potencialidades podem ser melhoradas, proporcionando um avanço sobre a Avaliação de Desempenho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esta pesquisa teve como fundamento um estudo qualitativo. A pesquisa qualitativa se encarrega de estudar os fenômenos que envolvem os seres humanos e suas intrísecas relações sociais, estabelecidas em diversos ambientes.

O estudo teve como fonte de pesquisa bibliográfica materiais já publicados, como livros, artigos, periódicos, Internet. Constituição Federal, Leis, posicionamentos doutrinários sobre a Avaliação de Desempenho, o Estatuto do Servidor Público Municipal. Por conveniência, o objeto de estudo é a Lei Municipal do Município de Ilhéus- BA.

Para Gogoy, (1995 p.21):

> *Nesse sentido, acreditamos que a pesquisa documental representa uma forma que pode se revestir de um caráter inovador, trazendo contribuições importantes no estudo de alguns temas. Além disso, os documentos normalmente são considerados importantes fontes de dados para outros tipos de estudos qualitativos, merecendo, portanto, atenção especial.*

Neste estudo o tema proposto permite a análise de como é realizado a avaliação de desempenho e a sua (in)eficácia na forma de aplicação .

Entre outras palavras o objetivo geral desse projeto é analisar, e indagar se o método de avaliação funcional para o Servidor Público do Município de Ilhéus- BA é eficiente em sua proposta e requisitos ou se o seu intuito é apenas cumprir com uma tarefa burocrática.

2. AGENTE PÚBLICO

2.1. Conceito de Agente Público à luz da Lei 8.112/1990

Tanto a Lei nº 8112/90 quanto a Lei Complementar 10.098/94 definem, em seus artigos 2º o conceito de servidor público: "Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público". Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Conforme Carvalho (2017) a expressão agente público é bastante ampla, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Assim, qualquer pessoa que age em nome do Estado é Agente público, independente de vínculo Jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente. Dessa forma, uma vez que

o Estado está atuando por via de sujeito, responderá pelos atos praticados, sendo a responsabilidade objetiva do Estado nos moldes do art. 37, §6º da CRFB.

2.2. Requisitos de Ingresso no Serviço Público

Para Carvalho (2017, p. 794):

> O ingresso aos cargos públicos não deve ser restringido indevidamente pela Administração Pública, contudo, é possível que a lei estabeleça pressupostos necessários à assunção destes cargos, como forma de se evitarem abusos por parte dos administradores públicos e para que o acesso seja feito em observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos demais aplicáveis à atuação estatal

O Concurso público é uma forma de ingresso no serviço público com garantia de efetividade, que é diferente da estabilidade. A Efetividade é investidura em cargo ou emprego público mediante concurso público, já a estabilidade é uma garantia do Regime Jurídico único estatutário, pois quem é regido pela *CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO*- CLT não possui estabilidade .

Após a aprovação, nomeação, e posse do Servidor Público, cumprindo todos os requisitos do concurso público o servidor passará por um período de avaliação de seu desempenho frente às atividades inerentes ai seu cargo público.

2.3. A história da avaliação de desempenho

Gil (2007) relata que desde os primórdios, esse movimento começou com Frederick W. Taylor (1856-1916) quando este concluiu que os trabalhadores produziam bem menos do que poderia alcançar, então ele criou o chamado Sistema de Administração científica que consistia na racionalização do trabalho que era tornar menos complexo os movimentos para a execução das tarefas desenvolvidas pelos operários, o que objetivada o tempo consumido. O Taylorismo foi além e observou que esse sistema deveria ser hierarquizado e sistematizado e que cada trabalhador desenvolveria uma tarefa em menor espaço de tempo e sendo premiados aqueles que se sobressaíssem. Acontece que a gerencia estaria mais presente do operário nesse sistema.

Gil (2007) destaca que logo após veio o Fordismo, que foi um termo de modelo de produção em massa de um produto. Cada operário tinha uma função especifica e esse sistema foi desenvolvido por Henry Ford (1863-1947) que foi o pioneiro da indústria automobilística. O objetivo dele era diminuir os custos de produção e assim reduzissem o valor dos veículos e assim aumentasse o número de consumidores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para Xavier (2006) a avaliação de desempenho formal surgiu com a Escola de Relações Humanas, onde foi combatida a desumanização do trabalho, pois havia constantes greves e conflitos, acidentes de trabalho. E após uma pesquisa mostrou-se que havia uma correlação entre a melhoria do ambiente de trabalho e a produtividade. Vários pesquisadores começaram a resaltar a importância dos fatores psicológicos e sociais na produção. O Elton Mayo foi o principal autor dessa pesquisa. Com o passar do tempo foram sendo criadas novas formas de avaliação, mais aperfeiçoada, estratégica e com visão real das competências exigidas pela empresa.

2.4 . Conceito de Avaliação de Desempenho

Avaliar significa determinar um valor, um preço, a importância de alguma coisa. A avaliação de desempenho é uma ferramenta indispensável às organizações públicas e privadas. Com ela pode-se mensurar o desempenho do trabalhador e ir além proporcionando oportunidades de crescimento não apenas profissional, mas pessoal. Ela deve ser clara para que não cause suscetibilidade ao avaliado. É importante que o avaliado saiba os parâmetros que estão sendo usados.

Para Xavier (2006, p. 51):

> *A avaliação de desempenho faz parte necessariamente do processo de dirigir pessoas. Pode-se dizer que desde o momento em que se estabeleceu a primeira relação de parceria produtiva, em hierarquia ou equipe horizontal, ocorreu a necessidade de avaliar.*

Segundo Chiavenato (1999, p. 45) a Avaliação de Desempenho é:

> *Uma apreciação sistemática do desempenho de cada ocupante no cargo, bem como de seu potencial de desenvolvimento. Fazer uma análise dos cargos e dos funcionários e assim verificar onde há mau funcionamento, para proporcionar ao funcionário o treinamento adequado.*

Faz-se importante destacar que a Avaliação de Desempenho serve para avaliar se os funcionários estão atingindo ou não os objetivos esperados, além de verificar onde estão ocorrendo as falhas dentro do processo de trabalho, para que possam ser sanadas. É importante que se divulgue aos funcionários o resultado da avaliação, para que possam dar respaldo às exigências de seus superiores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Chiavenato (2000), o método de avaliação de desempenho é uma "apreciação sistemática do desempenho de cada pessoa, um processo dinâmico, que serve para julgar ou estimular o valor, a excelência e as qualidades das pessoas e sua contribuição para o negócio da organização".

Assim sendo conclui-se que para avaliar o desempenho deve-se levar em consideração cargos e tarefas, o que o trabalhador faz fora da organização não será analisando e sim em que ponto ele se aproximou ou se afastou dos seus objetivos. Essa avaliação é efetuada para medir a entrega do funcionário, medir até que ponto ele consegue atingir os objetivos e os resultados esperados. Conforme a avaliação os responsáveis irão subsidiar as decisões de promover, realocar ou demitir os funcionários.

3. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO NO ESTÁGIO PROBATÓRIO

A avaliação de Desempenho no Setor público é um instrumento pronto para valorar se o servidor está apto para exercer tal atividade dentro do exercício de suas funções. Dentro do período de avaliação que é chamado de Estagio probatório. A palavra Estágio tem origem (do latim stagium) significa etapa preparatória; Probatório também tem origem (do latim probare: demonstrar, evidenciar, confirmar). É uma fase de experimentação, período em que o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo deve demonstrar sua habilidade para exercício de suas atividades do cargo. Se ele for considerado apto obterá a estabilidade. A estabilidade assegura que o servidor de não ser exonerado imotivadamente do serviço publico, proporciona certa autonomia ao servidor e lhe permite agir de forma técnica e protegendo de questões políticas qualquer troca de governo.

O servidor será avaliado segundo alguns critérios, sendo eles: Assiduidade, disciplina, eficiência, capacidade de iniciativa, produtividade. Esses critérios segue uma normatização para cada âmbito de governo, para diferentes cargos e carreiras.

Para Alexandrino e Paulo (2006, p. 266):

> O Estágio Probatório visa avaliar a aptidão do servidor para o exercício de um determinado cargo. Sempre que o servidor tomar posse e entrar em exercício em um novo cargo, será submetido ao estágio probatório, não importa quantos anos de exercício o servidor tenha prestado em outros cargos da mesma ou de outra Administração.

3.1. O Estágio Probatório no Brasil.

Alexandrino e Paulo (2006) destacam que após a Emenda Constitucional Nº 19 de 1998 que inseriu o § 4º ao art.41 da Constituição Federal de 1988 que o Estágio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

probatório seja de 03 (três) anos houve certo embaraço, pois no art. 20 da Lei 8.112 de 1990 diz que o estágio probatório é de 24 (vinte e quatro) meses. Porém deve ser ater ao princípio da Supremacia da Constituição Federal, portanto prevalece o período de 03 (três) anos completos para o estagio probatório.

Durante o período de 03 (três) anos o servidor público passará por constante avaliação periódica, que ficara a cargo da instituição estabelecer o intervalo. Avaliação ao qual o servidor será submetido é para avaliar a aptidão ou não para o cargo. Durante esse período serão observados alguns critérios:

1. Assiduidade: Avalia a presença e pontualidade. Se as faltas são justificáveis e ou abonáveis. E a pontualidade.

2. Disciplina: O qual respeitoso as regras o servidor estará sendo.

3. Capacidade de Iniciativa: Proatividade é o comportamento de antecipação e de responsabilização pelas frente às situações impostas pelo meio.

4. Responsabilidade: Pelas atribuições dadas pessoalmente às tarefas e aos materiais utilizados. Dever de zelo.

5. Produtividade: Fazer com qualidade. Eficácia e Eficiência.

Findado os 03 (três) anos e aprovado será considerado estável. Porém 04 (quatro) meses anteriores a este prazo as avaliações já realizadas irão para a comissão pré-estabelecida para este fim e acontecerá a avaliação especial que acarretara na exoneração ou estabilidade do servidor.

Ao final do Período do Estágio Probatório o resultado obtido pode ser a aquisição da estabilidade pelo servidor ou o desligamento pela administração pública. No caso de cumprimento satisfatório desse período é publicado o ato confirmando a presença do servidor no serviço público. No entanto quando o cumprimento do Estágio probatório é insatisfatório é proposta a exoneração do servidor em questão. Esta proposta de exoneração não pode ser imotivada nem arbitrária, devem ser comprovados fatos reais que comprovem a inaptidão ou insuficiência de desempenho que justifiquem a exoneração. Não haverá a necessidade de Processo Administrativo Disciplinar já que a exoneração não e uma punição como é a demissão, porém antes deve ser assegurado o direito de defesa.

Ressalta-se ainda que mesmo após o servidor adquirir a estabilidade ele poderá ser exonerado, conforme dispõe a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, se o desempenho posterior não for considerado satisfatório.

Ainda sobre a exoneração do Servidor em estágio probatório, "em outros julgados, o STF já afirmou que o estágio probatório não protege o servidor na hipótese de extinção do cargo, ou seja, se o cargo for extinto o servidor em estágio probatório será exonerado" (ALEXANDRINO E PAULO, 2006, p.268).

Deve ter atenção para não confundir a Avaliação Especial de Desempenho que avalia a aptidão ou inaptidão do servidor público e que acontece durante o estagio probatório com a Avaliação Periódica de Desempenho que é realizada após o período do Estágio probatório, trata-se de uma avaliação frequente do servidor estável e que se fundamenta no princípio da eficiência da Administração pública.

Outra situação que pode levar ao desligamento do servidor público durante o estágio probatório está previsto no art. 169 da constituição Federal de 1988.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 4º Se as medidas adotadas (...) não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo (...) (Incluído pela Emenda Constitucional Nº 19 de 1998).

3.2. O Estágio Probatório no Município de Ilhéus-BA

O Município de Ilhéus- BA possui Lei específica para analisar a questão da Avaliação de desempenho durante o período do estágio probatório.

A Lei nº 3.760, de 21 de dezembro de 2015 dispõe sobre o Estatuto dos Servidores do Município De Ilhéus. O Regime Jurídico único dos Servidores Públicos do Município de Ilhéus, bem como os de suas autarquias e das fundações públicas, é o estatutário, instituído por esta Lei Complementar. Em seu art. 37 da respectiva lei é disposto que o tempo de avaliação ao qual o servidor estará sujeito será de 36 (trinta e seis) meses e que os requisitos a serem observados serão:

I – urbanidade no trato para com o público em geral;

II – zelo pelo exercício da função;

III – eficiência no desempenho das tarefas pertinentes ao cargo;

IV – assiduidade;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

V – disciplina;

VI – responsabilidade;

VII – capacidade de iniciativa;

VIII – idoneidade moral;

IX – aperfeiçoamento da qualidade e conhecimento do trabalho;

X – relações humanas no trabalho (ILHEUS, 2015).

O Estatuto dispõe que a avaliação será realizada pela chefia imediata 03 (três) meses antes do fim do período do estágio probatório e que este levará a conhecimento do setor pessoal que emitirá parecer favorável ou não sobre o estágio probatório do servidor. No 34º mês após a posse do servidor, será realizada avaliação pelo chefe imediato do Servidor e o Chefe do Setor pessoal, que será submetida à apreciação do Secretário de Administração.

O Estatuto dos Servidores dispõe que: "§ 3º As conclusões da Chefia imediata e do Secretário de Administração serão apreciadas em caráter final pelo Conselho de Política Administrativa e Remuneração de Pessoal integrada por servidores designados pelos respectivos Poderes" (ILHEUS, 2015, p. 10).

O princípio da ampla defesa que lhe e assegurado. Segundo Ilhéus (2015, p.10).

> § 4º Caso as conclusões da Chefia imediata e do Secretário de Administração sejam pela exoneração do servidor, o Conselho de Política Administrativa e Remuneração de Pessoal, antes do seu pronunciamento final, concederá ao servidor um prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da sua defesa.

Sobre o parecer conclusivo do Estágio probatório. Conforme Ilhéus (2015, p.10)

> § 5º Pronunciando-se o Conselho encaminhará o Processo ao Secretário de Administração, no máximo até 30 (trinta) dias antes de finda o prazo do estágio probatório, que submetido à apreciação da Procuradoria Geral, esta emitirá parecer conclusivo pela exoneração ou permanência do servidor.
>
> § 6º A decisão final cabe ao Chefe do Poder Executivo Municipal, através de ato administrativo específico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3.3. Da Competência da Chefia Imediata

Compete a chefia imediata do servidor a ser avaliado inteirar-se da legislação que regulamenta o processo de Avaliação de Desempenho; comunicar ao servidor o início de sua Avaliação de Desempenho em cada semestre avaliativo; avaliar com objetividade e imparcialidade o desempenho do servidor; preeencher o boletim de Avaliação e encaminhá-lo à Comissão de Avaliação nos prazos fixados neste Decreto; Comparecer, sempre que convocado pela Comissão de Avaliação; Responsabilizar-se, juntamente com o servidor sob sua avaliação e a gerência de recursos humanos, pelo cumprimento dos prazos e etapas da Avaliação de Desempenho. A Avaliação final do Servidor em estágio probatório será promovida no 34º mês contado a partir da posse, em conjunto com o Gerente de Recursos Humanos, que deverá ser submetida para aapreciaçcao do Secretário de Administração.

Considera-se chefia imediata, para fins do disposto neste Decreto, o servidor responsável pela unidade administrativa em que está lotado o servidor avaliado; o encarregado ou aquele a quem for delegada, formalmente, pela autoridade máxima do órgão ou entidade, as competências previstas para a chefia imediata. (ILHÉUS, 2018, P.17-18)

4. A (IN) EFICÁCIA DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

Segundo Maia (2014), durante o estágio probatório é imprescindível que o servidor tenha o máximo de atenção sobre suas responsabilidades e atribuições inerentes a seu cargo. Pois está em uma fase de adaptação ao meio tanto nas suas atribuições tanto técnicas como interpessoal. E por está em situação de vulnerabilidade é comum manifestar-se ameaças ao servidor, atribuições que não são pertinentes ao seu cargo nem itens critérios de avaliação. O servidor precisa saber com clareza quais condutas serão avaliadas.

É importante salientar que o estágio probatório não é realmente usado para reprovar aqueles que têm um desempenho insignificante. Alguns autores citam casos indicados pela literatura.

Para Gil (2006) processos de seleção em sistemas meritocráticos são demorados, sendo preferível reter aqueles funcionários com desempenho médio ou fraco do que ter um cargo vago por tanto tempo e a natureza humana tende a evitar confrontos que nos casos de demissões são necessários. Além disso, há o envolvimento emocional entre chefe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e subordinado quando aquele passa a conhecer os aspectos pessoais do candidato - personalidade, família, vida particular, etc.

Segundo Informativo disponibilizado pela Secretaria de Administração o Processo do Estágio Probatório do ano de 2018 foi interrompido por motivos de força maior. Desta forma, foram paralisados todos os trâmites, alguns processos ficaram sem avaliação, outros onde as secretarias nao tinham ciência o início do Processo do Estágio Probatório. Em 26 de março de 2019 foram nomeados outros servidores para compor a comissão de Estágio Probatório, a fim de dar continuidade às avaliações. Para dar seguimento às avaliações fora solicitado que as chefias imediatas realizassem as avaliações, segundo informativo datado em 23 de dezembro de 2020; destaca-se ainda que a Pandemia do Covid-19 inviabilizou que as avaliações pudessem ser realizadas.

No contexto estudado foi observado que não há casos de reprovação de servidores no período da Avaliação no Estágio Probatório, e que a avaliação é mais subjetiva, dependendo muito da relação de que o avaliado tem com a chefia imediata; além de haver substituição da chefia com frequência, o que inviabiliza uma avaliação justa.

Importante destacar que a Avaliação de Desempenho no Estágio Probatório tem como finalidade promover o desenvolvimento do Servidor, buscando identificar e, sempre que possível antecipar, suas deficiências, a fim de dar-lhes a devida atenção e tratamento, além de promover a potencialização das suas competências. (BERGUE, 2010).

Sendo assim, na prática o ente público atende apenas ao mandamento constitucional, e não atende o efetivo propósito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O interesse em desenvolver uma pesquisa sobre a forma de avaliação de desempenho no serviço público advém da visão advém do questionamento em como se dá essa forma de avaliação.

Com o estudo realizado para avaliar o desempenho dos Servidores Públicos Municipal no período do Estágio probatório de Ilhéus- BA foram demonstrados pontos específicos que deveriam ter sido colocados em prática para colaborar com o aperfeiçoamento do método e a eficácia em sua aplicação. Demonstrado que existem lacunas durante o processo que se mostra uma tanto subjetivo como a escolha do avaliador sem capacitação inerente para desenvolver a tarefa, assim como a frequente

substituição de chefias- imediatas avaliadoras, e que as potencialidades podem ser melhoradas, proporcionando um avanço sobre a avaliação de desempenho.

Vale evidenciar que o último concurso público realizado no município de Ilhéus-Ba foi realizado no ano de 2016, e o Decreto que estabelece as diretrizes da Avaliação de Desempenho do Servidor em Estágio Probatório fora publica apenas no ano de 2018, a portaria que nomeia a comissão para a Avaliação de Desempenho do Servidor em Estágio Probatório, publicada 04 meses após o decreto. Nesse sentido, observa-se uma lacuna de aproximadamente 02 (dois) anos sem cumprimento dos princípios constitucionais que regem a administração pública neste tocante.

Portanto, há o que se questionar acerca da inércia da administração pública, no que diz respeito às formalidades para regulamentar a Lei, assim como disciplinar o seu funcionamento. Frisa-se ainda, que assim como o servidor não sabe como está sendo avaliado, não há também um feedback para que estes possam analisar suas posturas e demais requisitos avaliadores.

Em síntese, a Avaliação de Desempenho do Servidor Público na Administração Publica no Município de Ilhéus-Ba, não cumprem de forma adequada os seus objetivos, assim como sua forma de aplicação na avaliação.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Gestão de Pessoas em Organizações Publicas**. 3 ed. Caxias do Sul: Educs, 2010

BRASIL, Lei n. 8112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm > Acesso em: 20 set. 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de Pessoas: O Novo papel dos Recursos Humanos nas organizações**. Rio de Janeiro: Campos, 1999.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GIL, A.C. **7 métodos e técnicas de pesquisa social**. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2006

GIL, A.C. **Gestão de Pessoas: Enfoque nos papéis profissionais.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ILHEUS, **DECRETO N. º 020, de 08 de fevereiro de 2018. Estabelece as diretrizes e define critérios e os sistemas de Avaliação de Desempenho do servidor em Estágio probatório- ADEP, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e fundacional do município de Ilhéus, e das outras providências**. Disponível em: https://www.ilheus.ba.gov.br/abrir_arquivo.aspx?cdLocal=12&arquivo={CB368CBA-4DEA-084B-1A6E-4DC36E05BDA1}.pdf Acesso em: 10 set. 2021.

ILHEUS, **LEI Nº 3.760, de 21 de dezembro de 2015**. **Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores do Município De Ilhéus**. Disponível em https://www.ilheus.ba.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Lei_3760_2015_ESTATUTO_DO_SERVIDOR_PUBLICO?cdLocal=2&arquivo={B56CABEA-7DAA-C8E2-AC0E-BBEB0CB26B21}.PDF#search=estatuto Acesso em: 10 set. 2021

REIS, M.C.T.; RODRIGUES, M.; REIS,C.Z.T.;CUNHA, R.N.S. **Avaliação de desempenho e percepção das chefia avaliadoras na Universidade Federal de Viçosa (MG**). *Revista de C. Humanas,* v.. 10, n.1, p. 173-184, 2010.

SANTOS, E.S. **AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO NA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA TEREZINHA** – PB. 2011. 25 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Gestão Pública Municipal) - Universidade Federal da Paraíba, Santa Terezinha/PB, 2011.

SILVA, H.E.G. **PROCESSO DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO PROFISSIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO**: Diagnóstico perceptivo dos servidores técnico – administrativos da UFPB. 2010. 99 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Administração) – Universidade Federal da Paraíba, 2011.

SUDANO, A.D.C.G.P. **ESTÁGIO PROBATÓRIO E REFORMAS NA GESTÃO PÚBLICA: UM ESTUDO DE CASO DA AVALIAÇÃO NO INÍCIO DE CARREIRA NO ESTADO DE SÃO PAULO**. 2011. 166 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - Fundação Getúlio Vargas Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2011.

XAVIER, Ricardo. **Gestão de pessoas na prática**: os desafios e as soluções. São Paulo: Gente, 2006.

www.conteudojuridico.com.br

UMA ANÁLISE DOS PRINCIPAIS TIPOS DE CRIMES COMETIDOS CONTRA O IDOSO E A EFICÁCIA DO COMBATE A ESSA VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI N° 10.741/2003

MATHEUS ANJOS DA SILVA:
Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro

RESUMO: Neste presente artigo abordaremos os principais tipos de crimes praticados contra a pessoa idosa conforme a lei n° 10.741/2003, e também analisaremos a eficácia do combate a violência contra a pessoa idosa, a quem compete garantir a efetividade da lei da pessoa idosa, também abordaremos como combater a essa violência. A justificativa reside em discutir as agressões sofridas pelos mais velhos, resultado de vários fatores extrafamiliares ou familiares, estes, se tornam difíceis de sofrerem alguma punição em, pois dificilmente as vítimas denunciam a violência. O objetivo é analisar os crimes cometidos contra a pessoa idosa, e as soluções para o combate a essa violência.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto do Idoso. Tipos penais. Lei N°10.741/2003. Eficácia.

ABSTRACT: In this article, we will address the main types of crimes committed against the Elderly in accordance with law No. 10.741/2003, and we will also analyze the effectiveness of combating violence against the elderly , who is responsible for ensuring the effectiveness of the law on the elderly, as well. We will cover how to combat this violence. The justification lies in discussing the aggressions suffered by the elderly, as a result of various extra-family or family factors, which become difficult to suffer any punishment in, as the victims hardly ever report the violence. The objective is to analyze the crimes committed against the elderly, and the solutions to combat this violence.

KEYWORDS: Statute of the elderly. Criminaltypes. Law no. 10741/2003. Efficiency.

SÚMARIO: 1. Introdução; 2. A pessoa idosa; 3. Principais crimes e as penas previstas no estatuto do idoso; 3.1 discriminação; 3.2 Omissão de socorro; 3.3 Abandono; 3.4 Maus tratos; 3.5 Apropriação ou desvio de bens; 3.6 Indução a erro; 3.7 Coação; 4. A eficácio do combate a violência contra o idoso; 5. Como combater a violência contra o idoso; 6 A quem compete garantir a efetividade da lei do idoso; 7. Conclusão; 8.Referências

1 INTRODUÇÃO

O aumento da população idosa vem crescendo muito nesses últimos anos, isso nos faz refletir sobre direitos fundamentais presentes na constituição federal, por mais que exista casos em que o direito do idoso não é respeitado, esses direitos devem ser preservados e levados a sério.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Buscaremos respaldo no estatuto do idoso, contendo 118 artigos os quais abordam sobre diversas questões em que nossos idosos ainda causam sofrimento e angústia, visando garantir melhora em sua qualidade de vida. Tratando dos direitos fundamentais que todos os idosos possuem, como a liberdade, vida, respeito, alimentos, dignidade, direito á saúde, obrigações familiares e sociais, dando a proteção contra o abandono, negligência, defesa física e moral, dentre outros.

O avanço da idade muitas das vezes impõe certas limitações tornando-se necessário um cuidador, podendo ser familiar ou não, com a finalidade de acompanhar o idoso no desempenho de suas atividades diárias, desde a medicação até a higiene pessoal, fazendo com que a qualidade de vida dessas pessoas aprimore. O cuidador terá muitas atividades e dessa forma pode vir a sobrecarregar-se, com isso ações negativas podem surgir contra o idoso, como o estresse, entre outros, terminando em conflitos que podem levar a ocorrência de violência.

Uma das formas que a violência pode se manifestar é a institucional, que se reflete nas gestões de políticas sociais pelas instituições de assistência possibilitando á ocorrência de abusos físicos, psicológicos, sexuais, abandono, negligência, abusos financeiros, e autonegligência. Constantemente, uma pessoa idosa sofre ao mesmo tempo vários tipos de maus tratos.

Vem aumentando proporcionalmente a violência e maus tratos contra a pessoa idosa na medida em que a população de mais idade também vem aumentando, com tudo isso, faz surgir leis para punir quem comete esses crimes. Apesar de haver leis para proteger o idoso, o que é preciso é a conscientização dos indivíduos no que se refere aos cuidados com os mais velhos.

2 A PESSOA IDOSA

"Idoso" é uma terminação que indica uma pessoa com vivência em muitos anos, que se dá por alterações físicas, comportamentais, psicológicas, e sociais que avançam de maneira particular em cada indivíduo (SHNEIDER; IRIGARY, 2008 p.586).

O estatuto do idoso (EI), lei n.10741, de 1° outubro de 2003, diz que idoso é a pessoa com idade igual o superior a 60 anos. Já a organização mundial da saúde (OMS) define o idoso a pessoa idade cronológica a parti de 60 anos em países em desenvolvimento, como o Brasil, e 65 anos em países desenvolvidos (Brasil, EI, 2018)

Conforme relata Santos (2010, p. 1036) :

> o conceito de idoso é diferenciado para os países em desenvolvimento e para países desenvolvidos. Nos primeiros são consideradas as pessoas idosas as pessoas com 65 anos ou

> mais. Essa definição foi estabelecida pela organização das nações unidas, por meio da resolução 39/125, durante a primeira assembleia mundial das nações unidas sobre o envelhecimento da população, relacionando-se com a expectativa de vida ao nascer e com a qualidade de vida que as nações propiciam aos seus cidadãos.

Dias (2007, p 21) refere que o envelhecer é um processo que envolve muitos fatores e que é particular de cada pessoa, ou seja, cada indivíduo tem sua forma própria de envelhecer. Desta forma, o envelhecimento é uma união de fatores que vai além do fato de ter mais de 60 anos de idade ou mais, devendo ser considerado, também, as condições sociais, culturais, as condições econômicas, a intelectualidade e a condição funcional, que é quando tem perda da independência e autonomia e que precisa de ajuda para desempenhar suas atividades básicas diárias

O instituto Brasileiro de geografia e estatística (2018) diz que a população brasileira com mais de 60 anos de idade teve um crescimento de 18% em relação ao ano de 2012. Entre os idosos, o grupo que mais tem aumentado é o dos indivíduos com 75 anos ou mais, onde o crescimento foi de 49,5%. Em 2060, o percentual da população com 65 anos ou mais de idade chegará a 25,5% sendo que no ano de 2018 a proporção foi de 9,2%.

3 PRINCIPAIS CRIMES E AS PENAS PREVISTAS NO ESTATUTO DO IDOSO

O estatuto do idoso aborda "o papel da família, da comunidade, e do poder público que assegurarão o idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito á vida, á saúde, alimentação, cultura, esporte, lazer, ao trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, ao respeito e á convivência familiar e comunitária"

Uma das formas de assegurar tais direitos e garantias é utilizar o direito penal como instrumento apto a proteger o bem tutelado, impondo sanções punitivas aos que desrespeitam a norma.

O título IV do referido estatuto versa sobre essa esfera criminal, apresenta-se as condutas consideradas crimes e as penas previstas pela lei, numa forma simplificada e objetiva, visando fornecer assim um panorama geral da área penal desse estatuto :

3.1 Discriminação

O bem jurídico tutelado é a dignidade. O crime consume-se com a condutas descritas no tipo penal; impedir ou dificultar o acesso as operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme relata o artigo 96 do estatuto do idoso, discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício de cidadania, por motivo de idade :

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1(um) ano e multa

O parágrafo 1° relata, na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.

O parágrafo 2° relata, A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se a vítima se encontrar sob os cuidados ou responsabilidade do agente.

3.2 Omissão de socorro

Protege a saúde e a própria vida, sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. Elemento subjetivo é apenas o dolo. O crime consoma-se com a mera omissão do agente.

Conforme relata o artigo 97 do estatuto do idoso, deixar de prestar assistência ao idoso quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar, ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública :

Pena : detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Conforme relata o parágrafo único, a pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

3.3 Abandono

Proteção a saúde e vida do idoso. Podem ser sujeito ativo somente as pessoas que são obrigadas a prover as necessidades básicas do idoso (filhos, cônjuge, curador) exigindo – se o dolo elemento subjetivo .

Conforme relata o artigo 98 do estatuto do idoso, abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado :

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

3.4 Maus tratos

Visa proteger á vida ou a saúde tanto física quanto psíquica do idoso, além de resguardar o direito ao trabalho, sem qualquer discriminação. Sujeito ativo pode ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

qualquer pessoa. É necessário o dolo e o crime consome-se com a prática das condutas de "expor ao perigo" "privar de alimentos ou cuidados" ou "sujeitar-se a trabalho excessivo ou inadequada".

Conforme relata o artigo 99 do estatuto do idoso, expor ao perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o à condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado fazê-lo ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado :

> Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.
>
> Conforme relata o parágrafo 1°, se do fato resulta lesão corporal de natureza grave :
>
> Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatros) anos.
>
> Se resulta a morte :
>
> Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

3.5 Apropriação ou desvio de bens

Visa a proteção do patrimônio do idoso, representado pelos seus bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento. Pode ser sujeito ativo qualquer indivíduo que tenha posse/acesso ao patrimônio do idoso. Exige-se o dolo, o crime estará consumado com a prática das condutas descritas, admitindo a tentativa. Não desfigura o crime o ressarcimento ao prejuízo causado ou a restituição e composição após a consumação do delito.

Conforme relata o artigo 102 do estatuto do idoso, apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando -lhes aplicação diversa de sua finalidade :

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

3.6 Indução a erro

Bem jurídico tutelado é o patrimônio da pessoa idosa. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. O tipo penal objetivo consiste em induzir por persuasão, pessoa idosa, sem perfeita compreensão dos seus atos, a outorgar a procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme relata o artigo 106 do estatuto do idoso, induzir pessoa idoso sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente :

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

3.7 Coação

Visa resguardar a liberdade de escolha e o patrimônio do idoso. A conduta é mais grave que a descrita no artigo 106 pois neste caso a pessoa idosa será também impedida de se autodeterminar e dispor livremente de seus bens sendo esta coagida a doar, contratar, testar ou outorgar a procuração. A coação independe de o idoso ter ou não discernimento. O tipo penal objetivo consiste em coagir, que significa constranger ou forçar o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração. Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, elemento subjetivo apenas o dolo. Ocorre a consumação com a coação, não há exigência que a vitima doe contrate, teste ou outorgue a procuração. Admite a tentativa

Conforme relata o artigo 107 do estatuto do idoso, coagir de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração :

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

4 A EFICÁCIA DO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO

Ocorre que há casos que existe a ausência de zelo entre o idoso e seus familiares, os dados são aterrorizantes e estão aumentando a cada dia, melhorar essa situação não é algo fácil, pois deveria alterar todo o contexto familiar, mas espera-se ao menos que fossem instituídas leis que acolhessem a necessidade da pessoa idosa, instituindo sanções eficazes para quem cometesse de alguma forma violência contra o idoso.

Nessa situação, mostra que o estatuto tem pouca potencialidade de dificultar a prática dos crimes contra o idoso, em razão das ínfimas sanções que conferem a esses crimes, além de remeter o transgressor a um procedimento criminal pouco eficaz.

É dever do Estado e da família dar uma vida digna á pessoa idosa. É direito que as pessoas idosas desfrutem com suas famílias e na sociedade uma vida plena com segurança.

O estatuto do idoso tem trazido pouca eficácia no combate a violência, em decorrência das baixas penas previstas em seus tipos penais. Essa lei de proteção não é totalmente rígida, pois alguns crimes que estão no estatuto do idoso, também estão inseridos no código penal, mas eles têm uma pena mais baixa no estatuto, a repressão a esses crimes se dá com base no estatuto deixando o código penal de lado, o que acaba

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

indiretamente beneficiando os infratores em virtude da pequena pena prevista no estatuto do idoso.

Um exemplo é o crime de estelionato que a pena é dobrada no código penal, porém no estatuto do idoso a pena é mais baixa. As previsões despenalizadoras trazem grande prejuízos a vítima, se forem mal interpretadas pelo poder judiciário.

Os idosos têm grande parte de seus direitos violados na sociedade, principalmente dentro do ambiente familiar, pois a maior incidência de agressões sofridas é no próprio lar da pessoa idosa.

Preliminarmente, os artigos 93 e 94 da lei 10.741/2003 indicam como normas subsidiárias a lei da ação civil pública, também conhecida como lei dos interesses difusos e a lei dos juizados especiais criminais, como visto no texto da lei abaixo :

> art. 93. Aplicam – se subsidiariamente, no que couber, as disposições da lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985.
>
> Art. 94 aos crimes previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e , subsidiariamente, no que couber, as disposições do código penal e do código processo penal. (vide ADI 3.096-5 – STF) (BRASIL,2003).

No estatuto, o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais é aplicável aos crimes tipificados cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, porém a aplicabilidade da lei 9.099/95 se dá apenas no que tange ao procedimento, conforme entendimento do supremo tribunal federal no julgamento da ADI 3.096-5.

Vejamos o texto da ADI:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO Á GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS.
>
> 1. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.768/DF, supremo tribunal federal julgou constitucional o art. 39 da lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 2. Art. 94 da lei n. 10.741/2003 : interpretação conforme á constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do código penal e ". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime.
>
> 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme á constituição do Brasil, com redução de texto , ao art. 94 da lei. N. 10.741/2003."

Dessa maneira, os infratores dos crimes tipificados no estatuto, não têm acesso a benefícios despenalizadores de direito material, como conciliação, transação penal, composição civil de danos ou conversão da pena, segundo a decisão do STF no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3096) ajuizada pelo procurador geral da república contra o artigo 94 do estatuto do idoso.

A aplicabilidade do procedimento sumaríssimo, previsto no artigo 94, se dá apenas a parte processual, tornando o procedimento mais célere, o que é característico dos juizados especiais criminais, mas sem a mitigação da punição do agente transgressor.

O estatuto do idoso, não alterou o conceito de infração de menor potencial ofensivo muito menos permitiu a concessão dos institutos despenalizadoras da lei 9.099/95 aos crimes que não sejam de pequena monta. Até porque seria um contrassenso interpretar de modo diverso, haja vista a clara proteção dada ao idoso pelo diploma em apreço.

Mais o estatuto do idoso somente faz menção ao termo procedimento, dizendo que ao interpretá-lo, deverá se valer do que é compreendido por infração de menor potencial ofensivo e fazer a adequação procedimental pertinente, para abarcar os crimes que não de menor potencial ofensivo, e que devem obediência ao procedimento da lei 9.099/95.

No tocante a ampliação do conceito de delitos de menor potencial ofensivo, Vilas Boas argumenta que:

> Curiosamente, o art.94 do estatuto outra vez dobrou espaço de tempo, de 2 (dois) para 4 (quatro) anos, estendendo, consequentemente, a competência do juizado especial criminal. Na verdade , passa-se a não saber, ao certo, se o benefício veio para o idoso (porventura processado criminalmente) ou para aquele que cometeu a infração penal contra o idoso. Porém a considerar uma possível reparação civil, no âmbito do próprio juizado, o idoso estará

> a discutir, possivelmente , uma eventual composição civil. (VILAS BOAS, 2005, p 208).

Marcos Ramayana, explica que a norma prevista no artigo 94 do estatuto, aplica-se de forma restrita, apenas ao aspecto procedimental na apuração dos delitos contra o idoso, pois não se deve fazer um equívoco de interpretação, ampliando o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.

Afirma ele que :

> As infrações de menor potencial ofensivo são definidas na lei 9.099/95 e 10.259/2001; portanto, sob a ótica da legislação pátria, podemos admitir que são aquelas cuja pena máxima não ultrapasse de 2 (dois) anos. A mens legislatoris apenas determinou que o procedimento fosse aplicado de forma idêntica supracitadas, o que significa que a norma em questão é de cunho meramente processual. (Ramayana, marcos 2004 p. 94)

Concluiu ele dizendo que " Os crimes tipificados no estatuto do idoso, cuja pena não ultrapasse 4 (quatro anos), seguem o procedimento da lei 9.099/95. Ramayana cita também o ensinamento do promotor de justiça Cláudio calo Sousa, que defende :

> Certamente surgiram vozes, ao meu sentir, com a devida vênia, equivocadas, no sentido de que o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi ampliado, ou seja, levará em conta o crime cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, o que acabaria enquadrando o crime de furto simples, aborto (artigos 124 e 126 do CP), apropriação indébita dentre outros. (Ramayana, marcos 2004 p.94)

O referido promotor de justiça argumenta que já houve ampliação do conceito de crimes de menor potencial ofensivo pela lei n° 10.259/2001, não havendo interesse legislativo do estatuto do idoso no aumento do rol dos delitos de tal natureza , sendo que o estatuto do idoso fez apenas referência ao procedimento, nada definindo quanto ao direito material, e que também não houve previsão no âmbito das disposições transitórias de ampliação dos crimes de menor potencial ofensivo.

Já Damásio de Jesus, ao analisar o assunto, defende que a questão discutível do artigo 94 diz respeito ao sentido e alcance da norma "será que o legislador desejou tornar de menor potencial ofensivo os delitos definidos no estatuto do idoso cuja pena detentiva abstrata não ultrapasse 4 anos, permitindo, assim, que nesses casos, a aplicação dos institutos da lei dos juizados especiais criminais, como a transação penal (art. 76)?".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Podemos considerar que se estendeu a toda legislação nova conceito de crime de menor potencial ofensivo, elevando -se o critério quantitativo da pena a 4 anos ? Ou o legislador pretendeu somente imprimir o chamado procedimento sumaríssimo da lei 9.099/95 , previsto em seus artigos77 e seguintes , aos delitos definidos no estatuto do idoso ? (JESUS, Damásio Evangelista 2004, p. 231)"

Segundo Jesus há duas interpretações para tal artigo, mas a que acredita ser a mais correta, afirma que a todos os delitos criados pelo estatuto pelo idoso, cuja pena máxima abstrata prevista não seja superior a 4 anos, é somente aplicável o previsto na lei dos juizados especiais criminais no tocante ao procedimento sumaríssimo, excluindo-se os benefícios concedidos ao réu, corroborando o entendimento do Supremo tribunal federal.

Tais previsões constantes no estatuto, têm por base o artigo 5°, LXXVIII, da constituição da república, estabelecendo que todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Mais diante, o artigo 95 estabelece que os crimes contra o idosos são de ação penal pública incondicionada, fazendo com que a vítima não possa desistir da ação em virtude de arrependimento ou de constrangimento provocado pelo agressor, que em grande parte vínculo afetivo com o idoso.

As disposições finais do estatuto do idoso contêm alterações que agravam ou qualificam condutas descritas no código penal, na lei das contravenções penais, na lei dos crimes de tortura, na lei dos entorpecentes, sempre que a vítima for pessoa com idade superior ou igual a sessenta anos.

Nos crimes previstos nos artigos 96 a 108, o estatuto busca proteger a pessoa idosa da discriminação, do descuido do abandono, da falta de acolhida, do desprezo, da exposição ao perigo, da negativa de oportunidades de realização pessoal e profissional, da obstrução do acesso a justiça, da exploração financeira, do assédio econômico e da manipulação.

Neste contexto, a negligência com a alimentação, amparo, responsabilização, higiene, limpeza, abandono e falta de assistência á saúde, estão dispostas nos artigos 87, 98 e 99 do texto do estatuto do idoso.

O disposto no artigo 97, dispõe sobre negligência quanto a prestação de assistência á saúde do idoso.

> Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> retardar ou dificultar sua assistência á saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública :
>
> Pena : detenção de 6 meses a 1 ano e multa.
>
> A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave e triplicada se resulta a morte. (Brasil 2003).
>
> Art. 98 prevê uma pena de 6 meses a 3 anos para o abandono de idoso como descrito abaixo:
>
> Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência , ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei e mandato:
>
> Pena detenção de 6 meses a 3 anos e multa. (BRASIL, 2003).

E por fim, no que diz respeito a previsão legal dos crimes de negligência, está o artigo 99 do estatuto, que trata a integridade física da pessoa idosa :

> ART. 99 Expor o perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando – o a trabalho excessivo ou inadequado :
>
> Pena – detenção de 2 meses a 1 ano e multa
>
> Se do fato resulta lesão de natureza grave :
>
> Pena – reclusão de 1 a 4 anos
>
> Se resulta a morte :
>
> Pena reclusão de 4 a 12 anos (BRASIL 2003).

No tipo penal específico, o objeto jurídico também é a vida e a saúde física e psíquica , além de proteger o trabalho, para evitar discriminação. O violador do direito pode ser qualquer pessoa.

É importante destacar que também há previsão no código penal, artigo 136, prevendo a mesma pena ora abordada no estatuto do idoso, pois a cártula de proteção ao idoso prevê uma pena máxima de 4 a 12 anos, se os maus tratos resultarem a morte, o que também é previsto no código penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade , guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento, ou custódia, quer privando-o de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando – o a trabalho excessivo inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina :
>
> Pena : detenção de 2 meses a 1 ano ou multa .
>
> Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave :
>
> Pena : reclusão de 1 a 4 anos.
>
> Se resulta a morte :
>
> Pena – reclusão de 4 a 12 anos.

Como pode ser visto, esta é uma cópia ipisis litteris, o que resulta em uma falha na legislação na tentativa de proteger o idoso, pois mesmo com a ausência do estatuto, o indivíduo, que comete o tipo penal, incorreria na mesma pena prevista na legislação pensada para proteger o idoso, tornando o estatuto do idoso ineficaz nesse ponto.

O artigo 102 do estatuto do idoso, trata do crime de apropriar-se ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando -lhes aplicação diversa da de sua finalidade, dando uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa.

Este é o típico crime cometido por familiares ou pessoas próximas do idoso, pois em muitos casos os familiares se apropriam dos cartões de conta bancárias, apropriam – se de quantias e fazem empréstimos consignados em nome do idoso, para utilizar em benefício próprio, não utilizando em favor do idoso.

Na mesma senda, há um tipo penal que se confunde com o previsto no art. 102 do estatuto do idoso, trata – se do estelionato, art. 171 do código penal, este tipo penal estabelece que é crime obter, para si, ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, dando uma pena de reclusão, de um a cinco anos e multa.

Quanto ao bem jurídico tutelado no crime de estelionato, afirma Munhoz Conde (2012) que “bem jurídico protegido comum a todas as modalidades de estelionato é o patrimônio alheio em qualquer de seus elementos integrantes, bens móveis ou imóveis, direitos, etc.., que podem constituir o objeto material do delito.”

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dessa maneira é possível verificar que ambos os delitos, tanto do art. 102 do estatuto do idoso quanto o art. 171 do código penal, tem por objetivo tutelar o mesmo bem jurídico, tendo em seus núcleos o mesmo objeto, o patrimônio.

Porém as penas cominadas para estes delitos são diferentes, enquanto o desvio de proventos dos idosos tem pena de um a quatro anos, o crime de estelionato tem pena de um a cinco anos, tornando o estatuto mais uma vez ineficaz quanto ao seu objetivo.

Para tentar sanar esta lacuna o legislador instituiu a lei n° 13.228, de 28 de dezembro de 2015, que altera o código penal, para estabelecer causa de aumento de pena para o caso de estelionato cometido contra o idoso.

Nessa nova previsão o código penal foi alterado no em seu artigo 171, prevendo um aumento de pena no crime de estelionato praticado contra o idoso. Foi acrescido o parágrafo 4 ° que relata :

> Art. 171 – Obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício , ardil, ou qualquer outro meio fraudulento :
>
> Parágrafo 4° : Aplica -se a pena em dobro se for cometido contra idoso. (BRASIL, 1940).

Dessa forma, o legislador supriu a necessidade de amparar o idoso e proteger seu patrimônio de maneira mais eficiente, dobrando a pena de estelionato caso o idoso seja o agente passivo.

O estatuto do idoso mostra – se ineficaz em proteger o idoso, pois a previsão mais severa para prática do delito de mesma espécie está no código penal, e não no estatuto, o qual deveria cumprir este papel. A lei de proteção ao idoso não é rígida pois alguns crimes que tem previsão na 10.741/2003 também estão inseridos no código penal, mas eles tem uma pena mais baixa no estatuto, o que acaba beneficiando indiretamente os infratores em virtude da pequena pena prevista no estatuto do idoso.

5 COMO COMBATER A VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO

Conforme a OMS (Organização mundial da saúde) , a violência contra o idoso é definida como "ação única ou repetida, ou falta de ação apropriada, ocorrendo em qualquer relacionamento onde exista uma expectativa de confiança, que cause sofrimento a uma pessoa idosa".

Dos 210 milhões de brasileiros, 37,7 milhões são pessoas idosas, ou seja, possuem 60 anos ou mais. Os fazem parte de uma pesquisa do departamento intersindical de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

estatísticas e estudos socioeconômicos (DIEESE), que traz também outras estatísticas 18,5 % dessa população ainda trabalha e 75% dela contribuem para a renda de casa.

Para combater esses abusos, o ministério da mulher, da família e dos direitos humanos (MMFDH) criou uma cartilha sobre o combate á violência contra pessoa idosa e recebe denúncias contra essa população por meio do disque 100. Com base nessas denúncias o MMFDH deflagrou, no fim do ano passado em parceria com o ministério da justiça e segurança pública (MJSP), a operação Vetus, foram apuradas 13.424 denúncias que resultaram na instauração de 3.705 inquéritos e na prisão de 569 pessoas.

Para prevenir os abusos, o MMFDH está dando cursos de educação a mil instituição de longa permanência para idosos (ILPIS), também firmou parceria com a federação nacional dos bancos (FIEBRABAN) numa campanha em que alerta para os golpes financeiros contra os mais velhos, que aumentaram 60% durante a pandemia.

Foi criado o pacto nacional dos direitos da pessoa idosa, com compromisso formal entre os governos federal, estadual e municipal, para implementar as políticas públicas, destinadas á promoção e defesa dos direitos da pessoa idosa.

A Prevenção a violência contra a pessoa idosa, exige treinamentos adequados, tantos para as famílias quanto a possíveis cuidadores. Atualmente o SUS oferece programas de qualificação em saúde da pessoa idosa, com oficinas constantes. Projetos sociais voltados para o público idoso também é um método para combater a violência.

Existem diversas formas para denunciar maus tratos aos idosos:

- Disque 100 : funcionamento 24 horas por dia, 7 dias por semana

- Aplicativo proteja Brasil

- Humaniza redes : permite denunciar violações de direitos humanos e contra os idosos

- CREAS : Centro de referências especializado de assistência social : presta assistência às famílias do idoso .

- 190 : Polícia militar

A criação de datas, como o "dia mundial da conscientização da violência contra a pessoa idosa", servem para estimular reflexões sobre o assunto, e por isso são de extrema importância para a sociedade. Os idosos necessitam ser incluídos na sociedade, como pessoas participativas, que têm uma história que deve ser respeitada. É necessário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

promover a participação efetiva do idoso, ouvi-lo e deixá-lo tomar as suas próprias decisões.

6 A QUEM COMPETE GARANTIR A EFETIVIDADE DA LEI DO IDOSO

Conforme relata a CF/1988 compete ao ministério público a fiscalização dos interesses dos idosos e que são de sua titularidade as ações penais que envolvam os interesses dos maiores de 60 (sessenta anos), na apuração de crimes.

Devendo o ministério público ser acionado toda vez que alguma infração se concretizar e algum crime contra o idoso se ver praticado, o que se faz por intermédio de um advogado, que tem papel fundamental na busca pela justiça que se objetiva fazer.

O estatuto do idoso visa garantir a dignidade das pessoas idosas, já que antes existia uma carência de aprofundamento das questões fundamentais, como os conflitos intergeracionais e o entendimento da terceira idade como portadora de necessidades específicas.

Conforme artigo 9° da lei 10.741/2003 é obrigação do Estado, garantir a proteção á vida e á saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

7 CONCLUSÃO

O Brasil nas próximas décadas, será um país de idosos, é fundamental que a sociedade e o Estado tenham uma nova mentalidade, vendo o idoso como um ser humano que merece o máximo respeito.

Verificou-se que os tipos penais criados pelo Estatuto do idoso (lei 10.741/2003), possuem uma política penal de penas proporcionalmente muito leves em relação gravidade do delito cometido contra os mais velhos.

É necessário haver o respeito com a pessoa idosa, pois os jovens de hoje serão os idosos de amanhã, qualquer ato de desrespeito ao idoso como coação, maus tratos, apropriação de seus bens, indução a erro, é lamentável , repugnante, para combater a essas agressões é necessário que haja alterações no estatuto do idoso para que haja uma punição mais eficaz nos crimes que são cometidos, projetos sociais do poder público que são voltados para o público idoso, também são importantes instrumentos para combater a esses crimes, pois trazem amparo, acolhimento, dignidade e são fundamental para que a pessoa idosa tenha uma boa qualidade de vida

8 REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/notícia/2021-10/dia-nacional-do-idoso-conheça-políticas-publicas-para-essa-população

Ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-penais-do-estatuto-do-idoso-e-sua-eficacia/

BOAS, Marco antonio Vila. Estatuto do idoso comentado. Rio de janeiro: forense,2005, p.208.

BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/ constituição.htm.

BRASIL. Decreto-lei 10.741, de 1° de outubro de 2003. Estatuto do idoso e dá outras providências. Brasília, 1° de outubro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, 07 de dezembro de 1940. Código penal. Diário oficial da união, Rio de janeiro , 31 dez. 1940. Disponível em <http: //www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

Dias, Alexandra Marinho. O processo de envelhecimento humano e a saúde do idoso nas práticas curriculares do curso de fisioterapia da UNIVALI campus Itajaí : um estudo de caso. [Dissertação de mestrado]. 193 fl. Universidade do vale do Itajaí, 2007. Disponível em : http://siaibib01.univali.br/pdf/Alexandra%20marinho%20Dias.pdf.

JESUS, Damásio Evangelista de. Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do idoso – lei n. 10.741/ de 1° de outubro de 2003. Revista do ministério público, Porto alegre, n.52; jan/abr/2004, p. 231.

RAMAYANA,Marcos. Estatuto do idoso comentado. Rio de janeiro: Roma victor, 2004, p.94.

SANTOS, Silvana Sidney Costa. Concepções teóricos-filosóficas sobre envelhecimento, velhice, idoso e enfermagem gerontogeriátrica. Revista Brasileira de Enfermagem, Brasília, V. 63, n.6, 2010. Disponível em : http://www.scielo.br/pdf/reben/v63n6/25.pdf.

Uninter.com/noticias/combater-a-violencia-contra-idosos-e-compromisso-de-todos

www.conteudojuridico.com.br

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ANTONIO FERNANDO CARNEIRO DA SILVA: bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Fametro – CEUNI FAMETRO

RESUMO: As relações de trabalho são necessárias para a manutenção e desenvolvimento de todo os negócios. No entanto, é necessário que essas relações sejam sadias e que tragam segurança para todas as pessoas envolvidas. Um fenômeno que vem ocorrendo com frequência, nas relações de trabalho, sejam elas em instituições privadas ou públicas, é o assédio moral. Nessa perspectiva, o objetivo geral deste estudo foi analisar o assédio moral no trabalho à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Para a realização desta pesquisa, escolheu-se a metodologia de revisão bibliográfica e documental, onde analisou-se artigos, doutrinas e jurisprudências que tratassem sobre o assédio moral no trabalho, com foco no direito do trabalho. Ao final, concluiu-se que são diversos danos que atingem o empregado acometido pela prática do assédio moral e que faz-se necessário a responsabilização legal dos agressores, políticas de prevenção e conscientização sobre o assunto, para que que a relação de trabalho seja pautada no equilíbrio entre os sujeitos, recaindo sobre ambos direitos em obrigações.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. Dignidade da pessoa humana. Direito do trabalho.

ABSTRACT: Working relationships are necessary for the maintenance and development of the entire business. However, it is necessary that these relationships are healthy and that they bring security to all the people involved. A phenomenon that has been occurring frequently in labor relations, whether in private or public institutions, is moral harassment. From this perspective, the general objective of this study was to analyze moral harassment at work in light of the principle of human dignity. To carry out this research, we chose the methodology of bibliographic and documental review, which analyzed articles, doctrines and jurisprudence that dealt with bullying at work, with a focus on labor law. In the end, it was concluded that there are several damages that affect the employee affected by the practice of psychological harassment and that it is necessary the legal responsibility of the aggressors, prevention policies and awareness on the subject, so that the working relationship is guided in the balance between subjects, falling on both rights and obligations.

KEYWORDS: bullying good work; dignity of human person;labor law

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2. ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE O ASSÉDIO MORAL NO BRASIL: 2.1 Surgimento e aspectos históricos; 2.2 A influência da globalização nas relações de trabalho; 2.3 A evolução dos direitos na legislação trabalhista; 3 O ASSÉDIO MORAL: 3.1

Conceito e características; 3.2 Sujeitos do assédio moral; 3.3 Condutas do assediador; 3.4 Consequências do assédio moral ao trabalhador e à sociedade 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho são necessárias para a manutenção e desenvolvimento de todo os negócios. No entanto, é necessário que essas relações sejam sadias e que tragam segurança para todas as pessoas envolvidas. Quando não existe segurança e confiabilidade, os trabalhadores ficam prejudicados, podendo esses prejuízos interferir não somente na sua vida profissional, mas também em sua vida pessoal.

Um fenômeno que vem ocorrendo com frequência, nas relações de trabalho, sejam elas em instituições privadas ou públicas, é o assédio moral. Esse fenômeno não é recente e remonta das próprias origens das relações trabalhistas, segundo Silva (2012). As relações de trabalho desde as suas origens sempre foram cercadas de situações polêmicas em relação aos direitos do trabalhador e sua segurança.

Para Ferraz (2014), também ressalta a questão de o assédio moral estar presente desde o princípio das relações de trabalho. O autor destaca que, na verdade, desde quando se falava sobre regularização da situação dos empregados, já existia o assédio moral infiltrado nas situações, onde havia trabalhos forçados, exploração dos serviços, preconceito e falta de reconhecimento dos serviços prestados, entre outras situações.

Se for observado mais profundamente, remetendo-se a um passado mais distante, nos deparamos com a escravidão, onde existia por conta de uma condição atribuída à raça, etnia, cor e condição social, sem contar as outras formas de exploração humana durante o Imperialismo, que tratavam o empregado como uma mercadoria (ÁVILA, 2015). Com a Revolução Industrial, capitalismo e o fordismos, os empregados sofriam maus tratos e sobrecargas desumanas a que estavam submetidos, caracterizando assim a presença do assédio moral.

O assédio moral é assinalado por vários doutrinadores como um câncer social, visto que traz consequências que não se fecham apenas no contexto trabalho, mas à vida pessoal do trabalhador gerando prejuízos tanto econômico, emocional e social (FERRAZ, 2014). Ou seja, esses prejuízos atrapalham toda a vida das pessoas que os sofrem, impedindo até mesmo novas colocações no mercado de trabalho.

Nessa perspectiva, considera-se esta temática importante para o meio acadêmico do direito do trabalho, além de possuir informações de interesse social, visto que é perceptível que os meios de trabalho nem sempre oferecem as formas mais confortáveis para as relações de trabalho para com o trabalhador. Assim, faz-se necessário promover novas discussões a respeito deste tema, a fim de observar que o desempenho do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

funcionário não pode ser afetado e nem sobrecarregado, pois além do estresse surge o favorecimento do assédio moral.

Mediante as problemáticas apresentadas, esta pesquisa visa questionar: A Constituição Federal com os direitos e garantias, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, bastam para coibir esse tal fenômeno nas relações de trabalho?

O objetivo geral deste estudo visa analisar o assédio moral no trabalho à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Os objetivos específicos visam demonstrar quais são as maiores consequências ao trabalhador; verificar a eficácia dos meios de proteção oferecidos pela legislação brasileira; e, analisar a legislação juridicamente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para a realização desta pesquisa, escolheu-se a metodologia de revisão bibliográfica e documental, onde analisou-se artigos, doutrinas e jurisprudências que tratassem sobre o assédio moral no trabalho, com foco no direito do trabalho. Para realizar a busca de materiais, foi utilizado as seguintes palavras-chave nos sites acadêmicos: direito do trabalho, assédio moral, dignidade da pessoa humana.

As seções seguintes deste artigo destinam-se a discutir as características do assédio moral, bem como os seus impactos na vida dos trabalhadores, tanto em uma perspectiva profissional, quando psicológica, a fim de ressaltar a importância dessa discussão no meio jurídico e na sociedade.

2 ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE O ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

O assédio moral é um problema que pode se desenvolver em diversas instituições, dentre elas os locais de trabalho. Assim, para a compreensão das problemáticas que envolvem as relações nas organizações e o assédio moral no âmbito do direito do trabalho, faz-se necessário compreender alguns aspectos básicos sobre essa temática na qual serão expostos nos tópicos seguintes.

2.1Surgimento e aspectos históricos

A relação de trabalho pode ser compreendida desde os tempos mais remotos. Inicialmente, o ambiente de trabalho era apresentado com total informalidade, desproteção e até mesmo falta de humanidade. De acordo com Nascimento e Nascimento (2014), foi a partir da Revolução Industrial do século XVIII que a relação de trabalho ganhou notoriedade no cenário mundial, fato esse que decorreu da alta exposição do uso da mão de obra diante das grandes necessidades industriais daquele período.

Com o avanço industrial as preocupações que se pautavam pelas relações de trabalho se tornaram constantes, isso porque o trabalho artesanal foi substituído pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

capitalismo. Assim, se deu origem à uma relação de trabalho de caráter jurídico e não mais pautada na informalidade. Inicialmente, a contratação da mão de obra se pautavam numa espécie de contrato de locação de serviço e tais relações eram regulamentadas pelos Códigos Civis em vigência, a exemplo do Código de Napoleão de 1804 (CORREIA, 2018).

Segundo Correia (2018), essas relações eram postas com base em regras autônomas e pautadas na liberdade de negociação entre as partes. Nesse sentido, se pode compreender que a relação de trabalho, ainda na sua origem, era constituída por duas partes, o contratante e o pretador de serviço. De acordo com o referido autor, a liberdade existente nesta relação permitiu a alta exploração da mão de obra naquele período, deixando estes trabalhadores sujeitos a ambientes e condições que degradantes de trabalho, bem como submetidos a jornadas extensas e salários precários e irrisórios.

> A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que eram a mão de obra mais barata, os acidentes com os trabalhadores no desempenho das suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais podem-se acrescentar também os baixos salários. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 30).

Diante deste cenário caótico sobre o qual se estabelecia as primeiras relações de trabalho, se originou uma série de protestos e reinvindicações em prol de melhorias no ambiente de labor e nas condições que englobavam esta relação. Assim, ao longo dos anos a relação de trabalho foi ganhando proteções legais, sempre pautadas na evolução da dignidade social, dignidade essa vista como indispensável para uma vida digna imposta aos indivíduos e inserindo nesse rol a denominada relação de emprego. Nesse contexto, emergiu no cenário do trabalho as diversas representações sindicais que buscavam assegurar direitos aos trabalhos e impor limites ao empregador (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014).

Diversos foram os diplomas legais que passaram a versar sobre a relação de trabalho, como por exemplo a Constituição Mexicana de 1917, que foi a primeira a estipular uma estrutura significante de direitos sociais que recaiam sobre o trabalhador. Contudo, no Brasil, a legislação específica de Direito do Trabalho teve início com a Revolução de 1930, juntamente com a criação do Ministério do Trabalho pelo Governo de Getúlio Vargas (ROMAR, 2018).

No ano de 1943, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pelo Decreto-lei n. 5.452, que elencou em seu rol normativo todas as normas que deveriam balizar as relações de emprego no cenário brasileiro. Para Romar (2018), muitas foram as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

alterações sofridas pela CLT ao longo dos anos, principalmente em decorrência dos direitos sociais que foram abrangidos por algumas Constituições Federais do país, como as de 1946, 1967 e, principalmente, a de 1988, esta última reconhecida por Constituição Cidadã.

Oportuno diferenciar a relação de trabalho da relação de emprego, que, de acordo com a própria CLT se pode compreender que a relação de emprego será aquela que possui a sua definição com base no art. 3º da CLT, o qual configura tal relação como aquela onde há a prestação de serviço não eventual a um empregador, sob a sua dependência e mediante uma retribuição onerosa, ou seja, mediante o pagamento de salário (BRASIL, 1943). Por sua vez, a relação de trabalho ocorre quando um dos requisitos do próprio art. 3º não estão supridos por esta relação, como por exemplo, o trabalho eventual (DELGADO, 2012).

Ambas as relações são constituídas por dois sujeitos de direito, seja o contratante ou empregador, e o contratado ou empregado. Assim, há de se verificar quais os princípios que recaem legalmente sobre este tipo de relação e que devem ser observados e preservados. No tópico seguinte será abordado sobre a influência da globalização nas relações de trabalho.

2.2 A influência da globalização nas relações de trabalho

A relação de trabalho pode ser compreendida desde os tempos mais remotos. Inicialmente, o ambiente de trabalho era apresentado com total informalidade, desproteção e até mesmo falta de humanidade. De acordo com Nascimento e Nascimento (2014, p. 27), "foi a partir da Revolução Industrial do século XVIII que a relação de trabalho ganhou notoriedade no cenário mundial, fato esse que decorreu da alta exposição do uso da mão de obra diante das grandes necessidades industriais daquele período".

Com o avanço industrial as preocupações que se pautavam pelas relações de trabalho se tornaram constantes, isso porque o trabalho artesanal foi substituído pelo capitalismo. Assim, se deu origem à uma relação de trabalho de caráter jurídico e não mais pautada na informalidade. Inicialmente, a contratação da mão de obra se pautavam numa espécie de contrato de locação de serviço e tais relações eram regulamentadas pelos Códigos Civis em vigência, a exemplo do Código de Napoleão de 1804 (CORREIA, 2018).

Segundo Correia (2018, p. 3), "essas relações eram postas com base em regras autônomas e pautadas na liberdade de negociação entre as partes". Nesse sentido, se pode compreender que a relação de trabalho, ainda na sua origem, era constituída por duas partes, o contratante e o pretador de serviço. De acordo com o referido autor, a liberdade existente nesta relação permitiu a alta exploração da mão de obra naquele período, deixando estes trabalhadores sujeitos a ambientes e condições que degradantes de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

trabalho, bem como submetidos a jornadas extensas e salários precários e irrisórios (CORREIA, 2018).

Diante deste cenário caótico sobre o qual se estabelecia as primeiras relações de trabalho, se originou uma série de protestos e reinvindicações em prol de melhorias no ambiente de labor e nas condições que englobavam esta relação. Assim, ao longo dos anos a relação de trabalho foi ganhando proteções legais, sempre pautadas na evolução da dignidade social, dignidade essa vista como indispensável para uma vida digna imposta aos indivíduos e inserindo nesse rol a denominada relação de emprego. Nesse contexto, emergiu no cenário do trabalho as diversas representações sindicais que buscavam assegurar direitos aos trabalhos e impor limites ao empregador (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2018).

Diversos foram os diplomas legais que passaram a versar sobre a relação de trabalho, como por exemplo a Constituição Mexicana de 1917, que foi a primeira a estipular uma estrutura significante de direitos sociais que recaiam sobre o trabalhador. Contudo, "no Brasil, a legislação específica de Direito do Trabalho teve início com a Revolução de 1930, juntamente com a criação do Ministério do Trabalho pelo Governo de Getúlio Vargas" (ROMAR, 2018, p. 46).

No ano de 1943, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pelo Decreto-lei n. 5.452, que elencou em seu rol normativo todas as normas que deveriam balizar as relações de emprego no cenário brasileiro. Para Romar (2018), muitas foram as alterações sofridas pela CLT ao longo dos anos, principalmente em decorrência dos direitos sociais que foram abrangidos por algumas Constituições Federais do país, como as de 1946, 1967 e, principalmente, a de 1988, esta última reconhecida por Constituição Cidadã.

Oportuno diferenciar a relação de trabalho da relação de emprego, que, de acordo com a própria CLT se pode compreender que a relação de emprego será aquela que possui a sua definição com base no art. 3º da CLT, o qual configura tal relação como aquela onde há a prestação de serviço não eventual a um empregador, sob a sua dependência e mediante uma retribuição onerosa, ou seja, mediante o pagamento de salário (BRASIL, 1943). Por sua vez, a relação de trabalho ocorre quando um dos requisitos do próprio art. 3º não estão supridos por esta relação, como por exemplo, o trabalho eventual (DELGADO, 2012).

Ademais, ambas as relações são constituídas por dois sujeitos de direito, seja o contratante ou empregador, e o contratado ou empregado. Assim sendo, há de se verificar a evolução dos direitos trabalhistas à luz dos princípios que recaem legalmente sobre este tipo de relação e que devem ser observados e preservados para que haja a legalidade do contrato de trabalho e dos vieses que abarcam a relação trabalhista. Assunto esse que será abordado pela próxima seção do presente estudo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.3 A evolução dos direitos na legislação trabalhista

A relação de trabalho ou emprego deve ser pautada nas normatizações legais. Tais normatizações possuem no atual cenário um ensejo amplamente social, adquirido com uma maior força a partir do advento da Constituição Federal de 1988 (CF88), que, apesar de não elencar expressamente os princípios que devem recair sobre as relações de trabalho, denotou de forma clara alguns objetivos princípiológicos de cunho trabalhista (ROMAR, 2018).

Desta maneira, alguns princípios contitucionais se sobrepõe perante as relações de trabalho. No rol de tais princípios se pode citar os fundamentaos estabelecidos pelo art. 1º da CF88, que elenca em seus incisos III e IV, respectivamente, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). De acordo com Romar (2018, p. 62), "é inegável que todas as normas trabalhistas devem sempre ter por base o respeito à dignidade humana do trabalhador, além de visar os valores sociais do trabalho."

De acordo com Correia (2018), são princípios constitucionais aplicáveis à relação trabalhista aqueles que estão contidos no art. 5º, caput e incisos I a VI, VIII a XVIII, XX, XXIII, XXIX, que tratam dos princípios da isonomia, inviolabilidade, vida privada, honra, imagem, liberdade de trabalho, liberdade de associação, não discriminação, dentre outros. Já no rol do art. 6º se percebe que a Carta Magna de 1988 coloca o trabalho como um direito social de todo e qualquer indivíduo (BRASIL, 1988).

Ademais, ainda de acordo com o corpo normativo da CF88, em seu art. 170, caput, são indicados princípios gerais que devem reger a atividade econômica do país, a valorização do trabalho humano e justiça social (BRASIL, 1988). Assim, se pode extrair ainda o princípio da busca plena do emprego positivado pelo inciso VIII do referido art. 170 (BRASIL, 1988). Se pode perceber que a normatização supra do país direciona para as relações de trabalho alguns princípios que devem ser observados e postos em prática. Ademais, no art. 193, caput, é conferida à ordem social o primado do trabalho, pautado no bem-estar e na justiça social (BRASIL, 1988).

No que concerne aos princípios específicos do Direito do Trabalho, este compõe o ramo jurídico e científico que versa sobre os fatos econômicos e sociais típicos da relação de trabalho. Em primazia, se pode indicar o princípio protetor, este versa sobre a proteção que deve ser conferida ao trabalhador por se tratar da parte mais fraca desta relação e tem por objetivo a concessão da igualdade jurídica entre ambos os sujeitos que formam a relação de trabalho, o empregado e o empregador, contribuindo para o alcance da isonomia substancial entre eles (ROMAR, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Outro princípio trabalhista é o da irrenunciabilidade, que diz respeito a impossibilidade de que o empregado ou trabalhador abra mão, de forma voluntária, seja em caráter de antecipação ou amplo, dos direitos que a ele são conferidos pela legislação trabalhista (DELGADO; DELGADO; 2017). Contudo, tal princípio foi mitigado pela Reforma Trabalhista de 2017, Lei nº 13.467/17, porém, somente no que compete ao empregado portador de diploma de nível superior e que tenha salário superior ou igual "a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social", de acordo com o parágrafo único, do art. 444 da CLT (BRASIL, 1943).

Ademais, se tem o princípio da continuidade da relação de emprego, tendo por objetivo doar às relações contratuais de trabalho a maior duração possível, levando em consideração o caráter social deste tipo de relação, sendo esta, a fonte de sobrevivência e subsistência, tanto do empregado, quanto da sua família (ROMAR, 2018). Ainda de acordo com Romar (2018), engloba este rol de princípios específicos da relação de trabalho o princípio da primazia da realidade, que objetiva a prevalência da realidade verificada na relação trabalhista sobre quaisquer documentos que verse sobre sentido contrário.

Com base na observância do art. 9º da CLT, se pode concluir que o princípio da primazia da realidade objetiva a presença da boa-fé objetiva na relação de trabalho, protegendo o trabalho da desvirtuação da realidade que pode decorrer de fraudes documentais (ROMAR, 2018). Já o princípio da razoabilidade também faz parte dos princípios trabalhistas, que versa sobre a existência da razão nas relações trabalhistas, sobre a qual o indivíduo deve proceder (PLÁ RODRIGUES, 2000).

Não obstante, se pode destacar também o princípio da boa-fé objetiva, não se tratando de um princípio exclusivo do Direito do Trabalho, mas que recais também sobre as relações trabalhistas. Tal princípio afirmar que ambos os sujeitos que compõe a relação trabalhista devem agir sob a égide da boa-fé, onde o trabalhador cumprir o seu contrato e suas tarefas e o empregador deve cumprir legalmente todas as suas obrigações para com o trabalhador (ROMAR, 2018).

Assim sendo, se pode observar que cumpre a ambos os sujeitos direitos e obrigações legais positivadas pela legislação especial, sendo esta, a própria CLT, com a observância de diretrizes constitucionais. É necessário que se entenda essa formalização legal das relações de trabalho, para que se compreenda porque o assédio moral discutido da seção a seguir, se configura ilegal.

3 O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

O assédio moral se confira com uma conduta muito ruim que pode se estabelecer nas relações de trabalho, levando alguns colaboradores à situação vexatória e

psicologicamente instáveis, sendo totalmente prejudicados por tal ação. Essa situação possui características que serão melhor exploradas nos tópicos seguintes.

3.1 Conceito e características

De acordo com Guedes (2003), se compreende por assédio moral o ato que submete um indivíduo, sem tréguas, à ataques constantes e repetidos, e por meio da insistência, faz o uso e adoção de condutas, atos, procedimentos e palavras que são consideradas inadequadas, além de comentários importunos, ou críticas e piadas perniciosas, que levam o indivíduo a se sentir incomodado e humilhado. Em outras palavras, "o assédio moral é qualquer prática ilícita que cause a humilhação de outro indivíduo, rebaixando a sua moral" (OLIVEIRA; VENÂNCIO, 2012, p. 46).

Nesse contexto, o assédio moral é configurado pela prática de qualquer conduta lesiva e abusiva que atente, diante de uma repetição sistemática, contra a integridade psíquica ou física, ou contra a dignidade de uma pessoa (HIRIGOYEN, 2006). Deste modo, a conduta que denota o assédio moral é configurada como impróprio, ou ilícita, do ponto de vista geral de que fere o princípio constitucional da inviolabilidade de direitos básicos conferidos ao indivíduo, pois, ofende diretamente a dignidade, a personalidade, a imagem, a moral, dentre outros aspectos (OLIVEIRA; VENÂNCIO, 2012).

Por conseguinte, em complemento ao pensamento dos autores supracitados, leciona Rufino (2006, p. 57), que "o assédio, de modo geral, é um desrespeito direito praticado contra os direitos sociais e individuais, bem como contra o princípio da dignidade da pessoa humana, atingindo âmbitos como a saúde, o trabalho e outros". Assim, se pode compreender que o assédio decorre de prática ilícita e causa danos a outrem, por isso, é tipificado pelo ordenamento jurídico brasileiro, impondo a este as devidas penalizações.

Na seara do Direito do Trabalho, o assédio moral também se constitui como uma prática ilícita e prejudica diretamente o trabalhador, bem como implica na responsabilização objetiva do empregador, conforme a previsão dos art. 932, inciso III, do CC02 (BRASIL, 2002).

Por esse motivo, é indispensável para este presente estudo uma verificação do assédio moral quando posto no ambiente de trabalho, em prol de uma maior compreensão sobre o cenário de trabalho no qual esta prática pode ocorrer. A próxima seção deste trabalho exporá uma breve explanação sobre os sujeitos do assédio moral no ambiente de trabalho.

3.2 Sujeitos do assédio moral

Os sujeitos do assédio moral são classificados como agressores e vítimas. O agressor é classificado pela Vitimologia como um sujeito perverso (GUEDES, 2003b). Essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

perversidade está relacionada com as atitudes que o agressor tem em relação as vítimas, e, além disso, com os reflexos que essas agressões causam na vida das vítimas, pois existem ações que geram sérias consequências.

A perversidade, ao contrário, implica uma estratégia de utilização e destruição do outro, sem a menor culpa (GUEDES, 2003b). Em geral, o agressor é caracterizado então por suas más atitudes, o que mais se observa em sua conduta é a falta de culpa em suas ações, e que em muitos casos são planejadas para prejudicar uma pessoa, no caso, a vítima e, consequentemente, a sua produtividade e posição na empresa.

As vítimas são os alvos da perversidade dos agressores. A vítima é caracterizada como a pessoa que foi escolhida pelo agressor como alvo das perversidades, muitas vezes por ter qualidades profissionais e morais que o assediador busca se apropriar (GUEDES, 2003). Além disso, não existe um padrão para uma pessoa ser vítima de assédio moral, e depende muito das relações interpessoais (EGE, 2000).

3.3 Condutas do assediador

O assediador, também configurado como agressor, pode na verdade se comportar de várias formas diferentes, não existindo um padrão. Mas existem alguns comportamentos comum a todos, que são relatados pelas vítimas. Em geral, o assediador é uma pessoa com características narcisista e egocêntrica, demonstrando sempre um sentimento de grandeza e superioridade exacerbado (ÁVILA, 2014).

Segundo Simonetti (2013), os agressores em geral acreditam ser mais especiais do que as outras pessoas, e tem a necessidade de serem admirados constantemente, aprovados pelos outros, além de não demonstrarem empatia pelas outras pessoas. Ou seja, são pessoas que possuem distúrbios psicológicos em relação a sua própria pessoa, como se houvesse uma dificuldade de definir o seu próprio caráter.

Além disso, os agressores/assediadores em geral não se envolvem afetiva e emocionalmente com outras pessoas, especialmente as pessoas do trabalho, e são incapazes de experimentar emoções, como por exemplo o luto e a tristeza. Quando são desprezados ou decepcionados, adotam comportamento depressivo, de raiva ou até mesmo de vingança desejando sempre o mal para as outras pessoas (HIRIGOYEN, 2006).

Estas condutas trazem consequências paras as vítimas. Muitas delas não se limitam ao ambiente de trabalho, mas refletem em sua vida pessoal, prejudicando-os em tudo. Sobre essas consequências, o próximo tópico irá aborda-las de modo mais completo.

3.4 Consequências do assédio moral ao trabalhador e à sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dentre todos os prejuízos que podem ser percebidos pelo empregado que sofre o assédio moral, se pode citar, a priori, aqueles que decorrem das questões psíquicas deste indivíduo. Haja vista, que o assédio moral, em sua maioria, atinge diretamente a condição moral e psíquica de suas vítimas. De acordo com Costa *et al.* (2015, p. 274), "dentre todos os prejuízos psíquicos experimentados pelo empregado que sofre o assédio moral, os mais recorrentes são: comportamentos negativos; estresse psicológico e seu agravamento para a Síndrome de Burnout; sofrimento; mal-estar; dentre outros".

Para além disso, ainda é possível identificar distúrbios psicossomáticos nos assediados, estes decorrem do dano que atingem à saúde mental e física desses acossados. Dentre estes distúrbios, se pode exemplificar destacando os seguintes: a depressão; a insônia; os problemas gástricos; os problemas cardiovasculares; a baixa autoestima; e, em casos extremos, tais distúrbios levam o indivíduo à uma possível tentativa de suicídio, colocando em risco a vida dos mesmos (COSTA *el al.,* 2015).

> [...] o indivíduo que é vítima de algum comportamento agressivo ou inadequado tende a sofrer com isto, o que pode causar danos à sua saúde física e principalmente mental. Também pode ocorrer queda da motivação, do comprometimento e do envolvimento da pessoa com seu trabalho e mesmo com sua profissão (MESQUITA *et al.,* 2017, p. 8).

Muitos outros prejuízos podem decorrer dos danos materialziados pelo assédio moral sofrido pelo empregado e que denigre diretamente os direitos e princípios conferidos ao mesmo, como os próprios direitos da personalidade, bem como os princípios constitucionais, como a exemplo o da dignidade da pessoa humana. Para além disso, tais prejuízos denigrem diretamente a principiologia que rege a própria relação de trabalho, como já foram citados anteriormente (FERRAZ, 2014).

De acordo com dados levantados por uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa do Risco Comportamental (IPRC), 2020, mais da metade dos profissionais brasileiros já sofreram, toleram ou praticam assédio moral em seu ambiente laboral (G1, 2020). Ainda de acordo com a pesquisa, cerca de 41% dos 2.435 profissionais entrevistados pelo IPRC revelam uma omissão à prática, enquanto 37% revelam uma rejeição à prática e cerca de 18% toleram a prática assediadora no trabalho (G1, 2020).

Assim, é sabido que o processo judicial é o meio pelo qual o empregado assediado por buscar a sua reparação pelos danos extrapatrimoniais sofridos em decorrência da prática ilícita do assédio moral no trabalho. De acordo com o alto índice apontado pelo IPRC em relação a ocorrência de assédio moral no ambiente de labor, se percebe o quanto é fundamental que haja uma eficiente interpretação da legislação vigente nas práticas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

jurídicas dos tribunais, preservando assim os direitos e princípios que norteiam a relação de trabalho (G1, 2020).

Portanto, é irrefutável a necessidade de se analisar como a jurisprudência tem se posicionado em face da aplicação de reparação ao dano extrapatrimonial decorrido do assédio moral praticado contra o empregado (FERRAZ, 2014). Nessa perspectiva, o assédio moral é considerado uma ação muito prejucial a vida das pessoas, e estas devem estar atentas aos seus direitos para que assim, não recaiam em dificuldades.

4 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como objetivo central analisar o assédio moral no trabalho à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se que este objetivo foi alcançado, mediante aos dados expostos neste artigo, advindos da pesquisa bibliográfica e documental realizada a respeito desta temática, possibilitando informações relevantes que pudessem fomentar as discussões aqui apresentadas.

A respeito do assédio moral no trabalho, através da pesquisa realizada infere-se que este, trata-se de um problema grave, configurado como crime, pois é contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana, e às normas e legislações brasileiras que resguardam as relações de trabalho. Assim, observou-se que são diversos danos que atingem o empregado acometido por essa prática ilícita e que faz-se necessário políticas de prevenção e conscientização sobre o assédio moral para que que a relação de trabalho seja pautada no equilíbrio entre os sujeitos, recaindo sobre ambos direitos em obrigações.

5 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. 2º ed. São Paulo: Ltr, 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Versa sobre a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.Versa sobre as normatizações constitucionais do país. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Versa sobre o Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

COSTA et al. Produção científica acerca de assédio moral em dissertações e teses no cenário brasileiro. **Rev Esc Enferm USP · 2015; 49(2):267-276.** Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/reeusp/v49n2/pt_0080-6234-reeusp-49-02-0267.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

CORREIA, Henrique. **Resumo de Direito do Trabalho.** 1. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2018.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício G.; DELGADO, Gabriela N. **A Reforma Trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei N. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

EGE. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In: VIANNA, Marcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000.

FERRAZ, Renato Otávio Gama da. **Assédio moral no Serviço Público (violação da Dignidade Humana)**. 1º edição. Rio de Janeiro, 2014.

GUEDES, Márcia Novaes. Assédio Moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista da Amatra II**. a. IV, n. 10. São Paulo, dez. 2003b. Disponível em: http://www.baleia.net/arqs/download/184.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

G1. Mais da metade dos profissionais pratica ou tolera assédio no ambiente de trabalho, aponta pesquisa. Globo.com [online]. Junho/2020. Disponível em: encurtador.com.br/stz24. Acesso em: 01 nov. 2021.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006

MESQUITA et al. Assédio moral: Impacto Sobre a Saúde Mental e o Envolvimento com Trabalho em Agentes Comunitários de Saúde. **Revista Psicologia e Saúde, v. 9, n. 1, jan./abr. 2017, p. 3-17.** Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpsaude/v9n1/v9n1a01.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

NASCIMENTO, Amauri M; NASCIMENTO, Sônia M. **Curso de Direito do Trabalho.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Ivan de; VENÂNCIO, Venilma F. As contribuições de autores sobre assédio moral nas organizações públicas. **Revista Magistro - ISSN: 2178-7956, Vol. 1 Num.1 2012, p. 19.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROMAR, Carla T. M. **Direito do Trabalho – Esquematizado.** Coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RUFINO, R. C. P. **Assédio moral no âmbito da empresa.** São Paulo: LTR, 2006.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. 2 º edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2012.

SIMONETTI, M. Sc Roberto Clarete. Assédio Moral. **Revista Perspectiva em Educação, Gestão & Tecnologia**, v. 2, n. 3, p. 1-11, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO PENAL BRASILEIRO E O TRATAMENTO QUE É DADO AOS CRIMINOSOS PORTADORES DE PSICOPATIA

ANA JÚLIA ALVES DE SOUZA:
Graduanda do curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg.

ALEXANDRE ORION REGINATO[65]

(orientador)

RESUMO: A psicopatia é um transtorno dissocial; o indivíduo portador desse transtorno possui características peculiares como a falta de remorso, de medo ou de culpa e principalmente a falta de empatia com o próximo. Ao praticar uma conduta delituosa de imediato são direcionados para a esfera penal, sendo responsável por estabelecer as sanções. Apesar de ser o responsável pela penalização desses indivíduos, é notável que o Estado é omisso quanto ao psicopata, já que muitas vezes o iguala a figura de um preso comum e não lhe oferece o tratamento adequado; essa conduta por parte do Estado conduz o indivíduo para o caminho da reincidência. Dessa forma essa pesquisa tem como escopo apresentar o conceito de psicopatia, apontando características e detalhes considerados importantes para a ciência criminal, bem como discutir acerca da penalização que é estabelecida para esses indivíduos; realizar uma diferenciação entre o psicopata, o louco e o doente mental, assim como a diferença entre o inimputável, o semi-imputável e o imputável. A presente pesquisa utilizara-se do método dedutivo de caráter qualitativo, utilizando como técnica de pesquisa a análise bibliográfica de textos sobre o assunto. Por fim, resta demonstrar a necessidade da criação de uma legislação específica para zelar desses indivíduos.

Palavras-chave: Psicopata. Psicopatia. Penalização. Legislação específica

ABSTRACT: Psychopathy is a dissocial disorder; the individual with this disorder has peculiar characteristics such as lack of remorse, fear or guilt, and especially lack of empathy with others. When engaging in criminal conduct, they are immediately taken to the criminal sphere, being responsible for establishing sanctions. Despite being responsible for penalizing these individuals, it is remarkable that the State is silent on the psychopath, as it often equates him with the figure of an ordinary prisoner and does not offer him adequate treatment; this conduct by the State leads the individual to the path of recidivism. In this way, this research aims to present the concept of psychopathy, pointing out

65 Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo (USP - CAPES 6). Advogado membro da OAB/MS, com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Professor no curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg.

characteristics and details considered important for criminal science, as well as discussing the penalty that is established for these individuals; to differentiate between the psychopath, the insane and the mentally ill, as well as the difference between the unimputable, the semi-imputable and the imputable. This research used the deductive method of qualitative character, using as a research technique the bibliographic analysis of texts on the subject. Finally, it remains to demonstrate the need for the creation of specific legislation to protect these individuals.

Keywords: Psychopath. Psychopathy. Penalty. Specific legislation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Psicopatia 2.1 Conceito 2.1.1 As Forças Motrizes 3 Imputabilidade. 3.1 Semi-Imputável, Inimputável Ou Imputável, 3.1.1 Doente Mental, Louco Ou Psicopata, 4. Sanções Penais Aplicadas Aos Portadores De Psicopatia. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Ao pesquisarmos sobre psicopatia logo somos direcionados aos institutos da psicose, doença mental e a loucura. Apesar de ser assunto de diversos debates, ainda se sabe muito pouco sobre a psicopatia.

A princípio ressalva-se, que nem todos os portadores de psicopatia serão criminosos ou assassinos, como a maioria das pessoas pensam.

Atualmente com o desenvolvimento da mídia as pessoas têm um acesso rápido e fácil a crimes bárbaros cometidos por diversos criminosos, que nem sempre serão portadores de psicopatia. No entanto, ao tratar sobre esses acontecimentos a mídia não se preocupa em distinguir se os responsáveis por esses delitos são criminosos comuns ou se são portadores de psicopatia, dando causa a uma associação incorreta quanto a pessoa do psicopata.66

O instituto de psicopatia está rodeado de dúvidas e divergências, visto que para alguns profissionais responsáveis pelo estudo dessa área a psicopatia não é um transtorno, mas uma doença mental.

Robert D. Hare (2013) assevera que:

> Para a maioria das pessoas, a confusão e a incerteza que cercam esse tema começam na própria palavra psicopatia. Literalmente, ela

66 Hare, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare; tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013, p.11.

> significa “doença mental” (de psique, “mente”, e pathos, “doença”), e esse é o significado do termo ainda encontrado em alguns dicionários. A confusão aumenta ainda mais quando a mídia usa o termo como equivalente de “insano” ou “louco”: “A polícia disse que há um ‘psicopata’ à solta” ou “O sujeito que matou essa mulher deve ser um ‘psicopata’”. (2013, p.37-38)

O psicopata elabora seus atos e escolhe suas vítimas. Esses indivíduos possuem uma forma de pensar e agir extremamente fria, ou seja, tudo é muito bem arquitetado na mente do portador de psicopatia.67

Para analisar a imputabilidade penal do psicopata é realizada uma avaliação baseada em critérios específicos. Essa avaliação será responsável por definir se o psicopata será considerado semi-imputável ou imputável, porém, muitas vezes os responsáveis pela realização desta avaliação estabelecem parâmetros idênticos a de um preso comum, sendo que nesse caso o psicopata passa a conviver com os outros criminosos.

Ao serem inseridos ao sistema prisional com outros presos, os portadores de psicopatia podem ser responsáveis por influenciar no comportamento dos outros detentos, posto que, estes são seres extremamente manipuladores.

Ademais, a depender da avaliação feita a psicopatia pode ser considerada como excludente de culpabilidade, sendo que, a pena imposta nesses casos é a medida de segurança, que tem sua aplicação cessada quando o paciente que apresenta melhoras. Nesses casos o psicopata ludibria os profissionais responsáveis por essa área, os levando a acreditar em sua melhora, assim consequentemente retornaram a sociedade, com o intuito de cometer novos ilícitos.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

> Quando presos, eles enganam os funcionários penitenciários, bem como profissionais de saúde mental, fazendo-os pensar, após certo período de tempo, que eles ‘aprenderam a lição’ e que estariam prontos para serem reinseridos na sociedade. Tais decisões conduzem a erros tão graves que custam a vida de novas vítimas [...]. (2014, p.483)

Vale ressaltar, que o psicopata, a depender de sua imputabilidade pode responder a uma sanção penal comum ou a uma medida de segurança. No entanto, o Estado ainda é

67 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 27.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

omisso quanto ao tratamento oferecido para esses indivíduos, por, existir uma grande dificuldade em auxiliar a justiça quanto ao lugar adequado e a forma de trata-los68.

Pieri e Vasconcelos (2018 *Apud* Conselho Nacional de Justiça –CNJ,2012) fazem uma ressalva quanto ao tratamento oferecido a pessoas portadoras de psicopatia, dispondo que:

> Em pesquisas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça, está comprovado que o Brasil ainda não tem suporte para esse tipo de pena, tendo em vista que são poucos os estados que possuem esses hospitais. Na maioria dos estabelecimentos, são apenas alas de internação que funcionam dentro de um presídio comum ou simplesmente não funcionam. As manutenções de psicopatas dentro de um presídio de convívio comum aumentam o risco de rebeliões, por serem eles os mentores dessas rebeliões, portanto, prejudicam a reabilitação de outros presos e os ameaçam.

Essa pesquisa através de métodos dedutivos e da pesquisa bibliográfica apontará uma carência quanto ao tratamento oferecido pelo direito penal aos criminosos portadores de psicopatia e a aplicabilidade da legislação penal quando se trata do portador de psicopatia.

PSICOPATIA

2.1 Conceito

O CDI (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde) 69 é uma tabela que classifica as doenças atribuindo-lhes uma codificação,

68 NUCCI, Guilherme de Souza**. Manual de direito penal**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 482.

69 LISTA CID-10 - A Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (também conhecida como Classificação Internacional de Doenças – CID 10) é publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e visa padronizar a codificação de doenças e outros problemas relacionados à saúde. A CID 10 fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sinais, sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos ou doenças. A cada estado de saúde é atribuída uma categoria única à qual corresponde um código CID 10. Disponível em: < https://www.medicinanet.com.br/cid10.htm>. Acesso em: 07/10/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sendo a OMS (Organização Mundial de Saúde) responsável pela sua publicação; nesta tabela (CID-10) a psicopatia é identificada como transtorno de personalidade dissocial.

Conforme pontua Jorge Trindade: 70

> Esse transtorno, historicamente, foi conhecido por diferentes nomes: a) insanidade sem delírio (Pinei, 1806); b) insanidade moral (Prichard, 1837); c) delinquência nata (Lombroso, 1911); d) psicopatia (Koch, 1891); e) sociopatia (Lykken, 1957). Atualmente, é conhecido por Transtorno de Personalidade Antissocial.

Um dos primeiros relatos sobre a psicopatia surgiu início do século XIX, realizado por Philippe Pinel, um renomado médico psiquiatra francês, que teve curiosidade quanto a detentos que eram considerados loucos na época. 71

Em seus estudos Pinel notou que alguns dos pacientes apresentavam comportamentos extremamente agressivos para consigo ou com o próximo, além disto os mesmo tinha completo discernimento sobre o que praticavam. Por esta razão, Pinel criou uma categoria, dando-lhe o nome de "mania sem delírio".

Segundo Francis Moraes de Almeida (2007):

> O alienismo francês tem como sua primeira obra de síntese o *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou La manie* (1801/2007) de Pinel, no qual já há referência a casos de súbita agressividade e violência física em pacientes que não padeciam de nenhum delírio cognitivo. Tais casos levaram Pinel a criar a categoria de "mania sem delírio", que representava um claro contra-senso perante as classificações das alienações mentais do período, pois era precisamente o delírio que permitia as definir enquanto manifestações de loucura. [...] (2007, p.3)

Após o "pontapé" inicial dado por Philipe Pinel, Hervey Cleckley responsável pela publicação da obra Máscara da Sanidade, marco essencial para a fundamentação do

70 TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 161

71 Hare, Robert D. **Sem consciência** [recurso eletrônico] : o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare ; tradução: Denise Regina de Sales ; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Artmed, 2013, p.41

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

conceito de psicopatia, em razão de apontar as características consideradas comuns em pessoas portadoras de psicopatia.

A psicopatia é considerada por muitos não como um transtorno, mas como uma doença mental ou loucura, por esta razão, ainda hoje não se tem um conceito específico para definir a psicopatia, vez que entre os especialistas deste assunto não há um consenso quanto a sua definição.

No entanto, de maneira geral, os psicopatas são pessoas extremamente frias, desprovidos de culpa, remorso ou amor ao próximo72. Para a Psicoterapeuta e estudiosa do assunto Hilda Morana (2019)73 os psicopatas têm o caráter diferente das outras pessoas, pois, apresentam alterações.

Assim, Hilda Clotilde Penteado Morana explica esta alteração de caráter da seguinte forma:

> O psicopata tem uma alteração do caráter. O caráter nos dá o grau de respeito que temos aos outros, os seres normais gostam uns dos outros, nós gostamos dos outros só porque eles são seres humanos como nos. Dessa forma, conversamos com as pessoas no elevador sem as conhecermos, nas filas e em toda situação de espera. Nós respeitamos as pessoas. Se virmos alguém precisando de ajuda prontamente lhe ajudaremos isto é natural nas pessoas normais de caráter, para nós, normais de caráter é impossível passar por uma pessoa caída na rua, ou que se machucou, ou que está com dificuldade para realizar algo e nos simplesmente ignorarmos esta pessoa, a isso chamado de indiferença afetiva, ou seja, não fomos nós que praticamos aquela maldade, mas simplesmente deixamos de ajudar quem sabemos que precisa. O psicopata, ele não só é insensível aos outros como ele é indiferente, a insensibilidade do psicopata o leva a atos de crueldade. A crueldade pode se manifestar por matar alguém ou prejudicar gravemente outras pessoas então,

72 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 25- 26.

73 MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **PSICOPATIA POR UM ESPECIALISTA**,Rev.**Psychiatry On Line Brasil,** v. 26 n.08,p.05, 2019. Disponível em: <http://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>. Acesso em: 15 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> considerando o caráter como o respeito que temos ao outro. (2019, p.5)

Ademais, apesar de possuir essa personalidade o portador de psicopatia tem plena capacidade sobre os seus atos e em razão disto não pode ser confundido com um portador de transtorno mental. No entanto, ainda hoje a uma discussão quanto a esse assunto.

Trindade (2012) reconhece que sobre a psicopatia:

> A psicopatia não é um transtorno mental da mesma ordem da esquizofrenia, do retardo ou da depressão, por exemplo. Não sem críticas, pode-se dizer que a psicopatia não é propriamente um transtorno mental. Mais adequado parece considerar a psicopatia como um transtorno de personalidade, pois implica uma condição mais grave de desarmonia na formação da personalidade. (2012, p.165)

Portanto, o que se sabe é que os psicopatas podem ser encontrados em qualquer lugar, não há uma religião, cor, raça, sexo ou etnia específica para o portador deste transtorno.74

2.1.1 *As Forças Motrizes*

As características que formam o perfil de um psicopata são responsáveis por demonstrar o grande diferencial entre um psicopata e um ser humano comum, visto que, sua personalidade é composta por tamanho egocentrismo, colocando-se sempre em primeiro lugar, além disso, o amor pelo próximo, a compaixão, lealdade e remorso são sentimentos inexistentes quando se trata do portador de psicopatia.

Ana Beatriz Barbosa Silva (2008)75, assevera que os psicopatas se sentem superiores as outras pessoas, pois, possuem uma visão amplificada quanto aos seus valores, sendo assim, consequentemente, violam as regras, entendendo ser uma ação completamente normal.

Estudiosos desse assunto relatam que os psicopatas possuem essas características comportamentais diferenciadas desde criança.

---

74 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 26.

75 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 47.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O renomado psicólogo Robert D. Hare, dispõem que:

> A maioria dos psicopatas começa a exibir graves problemas de comportamento ainda bem cedo. Isso inclui mentiras persistentes, fraudes, roubo, incêndio criminoso, vadiagem, perturbação de aula na escola, abuso de substâncias, vandalismo, violência, bullying fuga e sexualidade precoce. Uma vez que muitas pessoas exibem alguns desses comportamentos de vez em quando, em especial aquelas educadas em bairros violentos ou em famílias desagregadas ou abusivas, é importante enfatizar que, no histórico de um psicopata, esses comportamentos são muito mais extensivos e graves do que no histórico da maioria das outras pessoas, mesmo quando comparados com o de irmãos e amigos criados em ambientes similares. (2013, p.79)

Muitas são as pessoas que possuem atitudes de um psicopata, no entanto, o que os diferencia é a sua capacidade de sentir remorso. O ser humano não portador de psicopatia tem a capacidade de se arrepender daquilo que fez e o psicopata não, ele não se preocupa com as consequências dos seus atos.

Para Ana Beatriz Barbosa Silva (2008)76 todas as pessoas podem ser levadas a cometer atos cruéis, visto que, a consciência do ser humano pode ser influenciada pelas circunstâncias ou pelas necessidades, no entanto, diferentemente do psicopata a culpa e o remorso estarão sempre presentes.

Além dessas características, os referidos indivíduos são seres extremamente manipuladores, sedutores e possuem um raciocínio pressuroso. Os psicopatas se valem dessas características para enganar suas vítimas e utilizá-las como uma espécie de ponte para obter vantagens pessoais.

Para os psicopatas as pessoas são meros objetos ou coisa. Eles se aproximam das pessoas, fazem amizade e as convencem que são amorosos e agradáveis, alguém que as pessoas desejam ter sempre por perto. Mas quando conseguem satisfazer os objetivos traçados tornam a vida dessas pessoas um verdadeiro inferno.

Jorge Trindade (2012) preceitua que:

> Para o psicopata, o sentimento de solidariedade é rigorosamente desconhecido, e o outro é despido de alteridade, no sentido de que

76 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 26.

> ele não o percebe como pessoa, sujeito de sentimentos diferentes dos seus, que merecem e devem ser respeitados. O outro somente faz sentido como algo a ser usado, como coisa ou objeto. (2012, p.171)

Os psicopatas são extremamente impulsivos, quando não conseguem aquilo que acreditam ser necessário para sua satisfação e desejos pessoais, perdem o autocontrole e agem de forma violenta. Em seu cotidiano os episódios de fúria são um acontecimento corriqueiro, todavia, se descrevem como pessoas com uma personalidade que causa inveja aos outros, em razão do equilíbrio e calma que julgam ter.77

Além das características citadas anteriormente, cumpre salientar que os psicopatas também são grandes mentirosos e quando flagrados dessas mentiras não se sentem nenhum pouco, constrangidos ou perplexos. Porém, quando alguém insiste em desmenti-los, reagem de forma pacífica contradizendo suas mentiras ou mudando de assunto.78

É importante ressaltar, que a mentira não faz parte apenas da personalidade do psicopata, posto que, uma vez ou outra os seres humanos tendem a mentir, seja para sair de uma enrascada, ou para não magoar alguém que se ama.79

Ana Beatriz Barbosa Silva (2014) explica a diferença entre a mentira contada por uma pessoa comum e a mentira contada por uma pessoa portadora de psicopatia da seguinte forma:

> Temos que distinguir, porém, a mentira corriqueira da mentira psicopática. Os psicopatas são mentirosos contumazes, mentem com competência (de forma fria e calculada), olhando nos olhos das pessoas. São tão habilidosos na arte de mentir que, muitas vezes, podem enganar até mesmo os profissionais mais experientes do comportamento humano. Para os psicopatas, a mentira é como se fosse um instrumento de trabalho, utilizado de forma sistemática e motivo de grande orgulho. (2014, p.51)

---

77 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 57.

78 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 46.

79 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 51.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os portadores desse transtorno são imprudentes quando se trata das normas, eles as desprezam, violam e as ignoram totalmente. Para eles as normas são como um obstáculo, que precisa ser superado.

Para examinar as características que formam a personalidade dos psicopatas e assim consequentemente recair sobre a responsabilização penal destes, foi criada uma *checklist*, ferramenta responsável por auxiliar profissionais qualificados no momento de avaliação do perfil do criminoso portador de psicopatia.

Inicialmente o psiquiatra americano Hervey Cleckley80 publicou uma obra onde descrevia as características apresentadas por pacientes e os locais ondem poderiam ser encontrados.

Robert Hare81 baseando-se nos estudos de Cleckley, criou a *psychopathy checklist,* comumente conhecida como Escala Hare ou PCL. Foram anos de estudos até chegar a uma conclusão sobre as características que englobam o perfil de um psicopata.

A autora Ana Beatriz Barbosa Silva (2014) relata sobre esse acontecimento em sua obra da seguinte maneira:

> O primeiro estudo sobre psicopatas só foi publicado em 1941, com o livro The mask of sanity [A máscara da sanidade], de autoria do psiquiatra americano Hervey Cleckley. Na introdução do livro, Cleckley deixa claro que sua obra aborda um problema "muito conhecido, mas ao mesmo tempo ignorado pela sociedade como um todo". Ele cita diversos casos de pacientes que apresentavam um charme acima da média, uma capacidade de convencimento muito alta e ausência de remorso ou arrependimento em relação às suas atitudes.Com base nos estudos de Cleckley, o psicólogo canadense Robert Hare (professor da University of British Columbia) dedicou anos de sua vida profissional reunindo características comuns de pessoas com esse tipo de perfil, até conseguir montar, em 1991, um sofisticado questionário denominado escala Hare e que hoje se

80 ALMEIDA, Francis Moraes de. **História da Psiquiatria:** máscaras da insanidade: emergências e ressurgências do conceito de psicopatia na psiquiatria contemporânea. **Psychiatry On Line Brasil**, [*s. l*], v. 12, n. 12, p. 1-8, dez. 2007. Disponível em: <http://www.polbr.med.br/ano07/wal1207.php>. Acesso em: 07 out. 2021.

81 Hare, Robert D. **Sem consciência** [recurso eletrônico]: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare; tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013, p.10

> constitui no método mais confiável na identificação de psicopatas. (2014,p.45)82

De acordo com Robert Hare83 (2013), as características comumente apresentadas por uma pessoa portadora de psicopatia são as seguintes:

> SINTOMAS-CHAVE DA PSICOPATIA Emocional/interpessoal • eloquente e superficial • egocêntrico e grandioso • ausência de remorso ou culpa • falta de empatia • enganador e manipulador • emoções "rasas" Desvio social • impulsivo • fraco controle do comportamento • necessidade de excitação • falta de responsabilidade • problemas de comportamento precoces • comportamento adulto antissocial. (2013, p.49)

Destaca-se que, pessoas normais podem apresentar algumas destas características, porém, não serão necessariamente portadoras deste transtorno.

Sobre isto, Hare (2013) nos traz a seguinte informação:

> (...). A maioria dos criminosos não é psicopata, e muitos dos indivíduos que conseguem agir no lado obscuro da lei e permanecem fora da prisão são psicopatas. Não se esqueça disso se precisar consultar um médico ou psicólogo sobre um suposto psicopata em sua vida. Confirme se o profissional sabe a diferença entre transtorno da personalidade antissocial e psicopatia. (2013, p 40-41)84

Portanto, faz-se imprescindível, que a aplicação desta avaliação seja realizada por profissionais altamente qualificados.

IMPUTABILIDADE

De acordo com Guilherme de Souza Nucci a imputabilidade é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter

82 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 45.

83 Hare, Robert D. **Sem consciência** [recurso eletrônico]: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare; tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013, p.49.

84 Hare, Robert D. **Sem consciência** [recurso eletrônico]: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare; tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013, p.40-41.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade.85

A imputabilidade, está intimamente ligada ao fato do indivíduo ter completo discernimento sobre seus atos e consciência quanto a sua ilicitude.

Nesse sentindo, Jorge Trindade (2012) esclarece que:

> Para ser imputável, isto é, para receber um juízo de reprovabilidade, exige-se que o indivíduo tenha uma estrutura psicológica que lhe permita entender a ilicitude de seu ato e a possibilidade de determinar-se de acordo com essa compreensão.

Para as autoras Bruna Chaves de Abreu, Jaqueline Pereira Macedo e Erica Oliveira Santos Gonçalves, (2020 *Apud* Capez, 2002, p. 273):

> O agente deve ter totais condições de controle de sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade.

Perseguindo a ideia estabelecida pela teoria tripartida os elementos que compõem o conceito de crime são fatos típicos, ilícitos e culpáveis. Ao tratarmos da culpabilidade logo somos remetidos para a imputabilidade penal, por ter como principal requisito a imputabilidade penal.

Após conceituar a imputabilidade penal, cumpre salientar que, os próximos tópicos objetivam realizar uma abordagem clara e sucinta de dúvidas frequentes envolvendo o instituto de psicopatia, o doente mental e o louco e como estes devem responder penalmente por esses ilícitos a medida de sua imputabilidade penal.

3.1 SEMI-IMPUTÁVEL, INIMPUTÁVEL OU IMPUTÁVEL

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2016, p.49) o direito penal é "o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação".

85 NUCCI, Guilherme de Souza**. Manual de direito penal**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 276.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Logo, cabe ao direito penal, penalizar os agentes responsáveis por uma conduta ilícita conforme a sua culpabilidade e periculosidade.

Assim, após realizar alguns apontamentos anteriormente, surge o seguinte questionamento: os psicopatas devem responder penalmente como sendo considerado um criminoso semi-imputável, inimputável ou imputável?

A explicação para esse questionamento irá determinar de que forma o Direito Penal deverá exercer seu papel, outrossim, influenciará na sanção penal que será imposta ao criminoso.

À vista disso, para a averiguar a imputabilidade do criminoso o Direito Penal adotou o critério biopsicológico conforme estabelece o artigo 26 do Código Penal que dispõem:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)86

Em síntese, o artigo 26 do Código Penal de 1940 define em seu *caput* os inimputáveis, que, no que lhes concernem não podem ser penalizados por não ter conhecimento e nem discernimento sobre as consequências de suas atitudes; por outro lado, o parágrafo único refere-se a figura do semi-imputável, posto que sua definição está intimamente ligada a capacidade parcial de entendimento que o agente tem sobre a ilicitude de suas ações. Não se realiza nenhuma menção quanto ao imputável, porém, por critérios de exclusão este fica sendo aquele que pratica o ilícito em plena consciência.

Quanto as sanções penais; dividem-se em duas categorias: as penas e as medidas de segurança. Para que seja imposta alguma das sanções penais aos indivíduos

86 BRASIL.**Código Penal Brasileiro**. DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

responsáveis pela prática de delito, tem-se como base os fundamentos de periculosidade e culpabilidade do indivíduo.87

Os autores Palhares e Cunha (2012)88 sustentam que:

> As penas deverão ser aplicadas em criminosos imputáveis e semi-imputáveis, ao passo que as medidas de segurança deverão ser aplicadas em criminosos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis. Sabe-se, por oportuno, que em decorrência do sistema unitário, o magistrado deverá aplicar apenas uma das espécies de sanções penais ao caso concreto, ou seja, pena ou medida de segurança. (2012, p.8)

Desta forma, depreende-se que as penas visam a punição quanto ao ilícito cometido, pretendendo assim evitar o cometimento de novos delitos, no entanto, em contrapartida, as medidas de segurança possuem caráter preventivo e curativo e permanecem até que seja cessada a periculosidade do agente.

Contudo, o que tem ocorrido comumente é que os psicopatas são considerados imputáveis penalmente em sua grande maioria, sendo que, quando isso acontece estes indivíduos são levados a responder penalmente a mesma pena correspondente para um preso comum.

Destarte, muitas vezes acabam se beneficiando da situação. Aproveitam-se dos outros presos e os utilizando como meio para chegar aos objetivos pretendidos. A psiquiatra e autora, Ana Beatriz Barbosa Silva (2014), afirma que:

> (...). Não podemos esquecer que os psicopatas são manipuladores inatos e que, em função disso, costumam utilizar os outros presidiários para obter vantagens pessoais. Muitas vezes, assistindo aos noticiários da TV, pude observar como as rebeliões nos presídios têm a orquestração dos psicopatas. Eles fazem com que alguns

87 NUCCI, Guilherme de Souza**. Manual de direito penal**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 520.

88 PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. **O PSICOPATA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO QUAL A SANÇÃO PENAL ADEQUADA?** 2011. 17 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade Pitágoras de Uberlândia, Minas Gerais, 2011,p.8. Disponível em: <https://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/praxis/article/download/255/214>. Acesso em: 04 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> prisioneiros se tornem reféns indefesos no processo de negociação com as autoridades. (2014, p.98)

Ademais, os psiquiatras *Hilda* Clotilde Penteado *Morana*, Michael H. Stone e Elias Abdalla-Filho (2006) esclarecem que:

> Quando presos, eles enganam os funcionários penitenciários, bem como profissionais de saúde mental, fazendo-os pensar, após certo período de tempo, que eles "aprenderam a lição" e que estariam prontos para serem re-inseridos na sociedade. Tais decisões conduzem a erros tão graves que custam a vida de novas vítimas. A literatura está repleta de exemplos desse tipo. (2006, p.5)89

Por essa razão, nota-se que é imprescindível, que a análise de cada caso seja realizada por um especialista, e de mesmo modo, deve o magistrado no momento da tomada de sua decisão considerar as análises efetuadas por profissionais especialistas nesse assunto.

3.1.1 *DOENTE MENTAL, LOUCO OU PSICOPATA*

A psicopatia esteve associada a figura do louco e do doente mental por um longo período, visto que esse instituto foi se aprimorando com o passar do tempo; após diversos anos de pesquisas estudiosos concluíram que o psicopata se diferenciava do louco e doente mental ao repararem no modo como seus crimes eram praticados. Enquanto o doente mental e o louco consumavam seus delitos em momentos de alucinações ou delírios, os psicopatas o faziam em plena consciência, na certeza de que fosse algo que deveria ser feito.

O psicólogo Robert D. Hare (2013)90 em relação a essas discussões, aduz que:

> A maioria dos médicos e dos pesquisadores não usa o termo psicopata desse modo; eles sabem que a psicopatia não pode ser compreendida a partir da visão tradicional da doença mental. Os

89 MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, v. 28, p. 3-6, out. 2006. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s1516-44462006000600005. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/26776>. Acesso em: 15 set. 2021.

90 Hare, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare; tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013, p.38.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente. (2013, p.38)

A junção dessas doenças com a psicopatia ocorre devido a alguns estudiosos se posicionaram em relação à psicopatia como um distúrbio cerebral, ou pelo posicionamento destes sobre a falta de consciência apresentada por tais indivíduos, entretanto, a doutrina majoritária faz uma separação entre esses institutos, estabelecendo que os psicopatas não são loucos e nem doentes, pois, não apresentam nenhum desnorteamento mental.

Autora e também psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva (2008)91, confirma esse raciocínio pontuando que o psicopata tem clareza, na prática de seus atos, enquanto o louco e o doente mental não têm consciência sobre o que está sendo feito.

> Enquanto a crueldade dos atos praticados pelo psicopata advém de sua personalidade; a do doente mental ou do louco é uma resposta em razão da sua percepção sobre o mundo, já que a realidade desses é totalmente diferente, ou seja, é como se vivessem em uma "realidade paralela".

O estudioso do assunto Robert D. Hare em sua obra explica que:

> Entretanto, assassinos psicopatas não são loucos, de acordo com padrões psiquiátricos e jurídicos aceitáveis. Seus atos resultam não de uma mente perturbada, mas de uma racionalidade fria e calculista, combinada com uma deprimente incapacidade de tratar os outros como seres humanos, de considerá-los capazes de pensar e sentir. Esse comportamento moralmente incompreensível exibido por uma pessoa aparentemente normal nos deixa desnorteados e impotentes.(2013,p.23)92

---

91 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 25.

92 Hare, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare; tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013, p.23.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme afirma Santana (2017) em sua obra93, percebe-se que os doentes mentais ou os loucos não têm capacidade para exercer o pleno gozo de suas faculdades mentais, logo, diferenciam-se do psicopata que tem controle sobre suas atitudes.

Para Magalhães94 (2019, *Apud* MENDONÇA, 2009,p.1) os psicopatas nascem com um cérebro diferente, ou seja, a diferença entre nós seres humanos normais com os portadores deste transtorno é devido ao fato de que todos nós temos o chamado sistema límbico, que é uma estrutura responsável por nossas emoções, a partir do momento em que colocamos cenas boas ou cenas ruins, nosso sistema reage de forma diferente conforme as cenas; em sentido contrário, nos psicopatas o sistema reage, porém da mesma forma, tanto faz ver cenas boas quanto ruins. Por isso, passam tranquilamente por detectores de mentiras, pois as suas reações não sofrem mudanças.

Sendo assim, conclui-se que a figura do psicopata não pode ser comparada a do louco, nem do doente mental; que no que lhes concerne, possuem características em sua personalidade que os diferenciam totalmente do portador de psicopatia.

SANÇÕES PENAIS APLICADAS AOS PORTADORES DE PSICOPATIA

Introdutoriamente, é importante ressaltar que ainda hoje não existe uma lei específica para os psicopatas. Alguns estudiosos até mencionam a necessidade de se criar uma lei, mas não desenvolvem essa ideia. A psiquiatra Hilda Morana95 até tentou criar uma lei nesse sentido, mas não obteve sucesso. Sobre isso, Ana Beatriz da Silva Barbosa (2014)96 argumenta que:

> A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia

93 SANTANA, Wendell. **Direito penal brasileiro e psicologia jurídica**: uma análise sobre os casos de psicopatia. 1 ed. Rio Grande do Norte: Independently Published, 2017.

94 MAGALHÃES, Ana Maria. **A PSICOPATIA À LUZ DAS SANÇÕES PENAIS: Inimputabilidade ou falha do sistema legislativo?** 2019. 25 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito,Unievangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1263/1/Monografia%20-%20Ana%20Maria%20Magalh%C3%A3es.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

95 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 98.

96 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. – São Paulo: Globo,2014, p. 98.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado. (2014, p.98)

O artigo 26 do Decreto Lei N° **2.848, de 7 de dezembro de 1940**, versa sobre a exclusão de imputabilidade penal e não especificamente sobre os psicopatas. Por essa razão, aos psicopatas, são impostas penas inadequadas para o seu tratamento ocasionando o crescimento da reincidência criminal por parte desses indivíduos.

De acordo com Hilda Clotilde Penteado Morana97 (2019, *Apud* Hemphill,1998):

> (...) a taxa de reincidência criminal é ao redor de 3 vezes maior para os psicopatas do que para outros criminosos e que para crimes violentos a taxa é 4 vezes maior para os psicopatas quando comparados com outros criminosos. (2019, p. 50)

Destarte, conforme apontado em capítulo anterior, ao psicopata podem ser impostas, qualquer uma das duas sanções penais: pena ou medida de segurança. A pena consiste no aprendizado do preso e a medida de segurança equivale ao tratamento, no entanto, nenhuma dessas sanções penais tem eficácia para os portadores desse transtorno.

Em relação à pena imposta como sanção penal ao criminoso psicopata, as autoras, Bruna Chaves de Abreu, Jaqueline Pereira Macedo e Erica Oliveira Santos Gonçalves98, explicam que:

> (...) é inegável a falta de capacidade de aprendizado dos psicopatas com a sanção penal, existindo o problema da reincidência criminal, fazendo com o que a pena como meio coercitivo não surta eficácia contra psicopatas, não atingindo a finalidade de prevenção contra novos delitos se tratando desses infratores em especial. (...) (2020, p.11)

A medida de segurança, não tem eficácia sobre os portadores desse transtorno. Aliás, até os dias atuais, não foi encontrada a cura para esse transtorno. Portanto, nem pena

97 MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **PSICOPATIA POR UM ESPECIALISTA**.,Rev.Psychiatry On Line Brasil, v. 26 n.08, 2019. Disponível em: <http://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>. Acesso em: 15 set. 2021.

98 ABREU, de Chaves Bruna, MACEDO, Pereira Jaqueline, GONÇALVES, Erica Oliveira Santos**. A PSICOPATIA E O DIREITO PENAL – A SANÇÃO PENAL ADEQUADA.** Rev. Jurídica do Nordeste Mineiro, v 02, 2020. Disponível em: <https://revistas.unipacto.com.br>. Acesso em: 18 de set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e nem a medida de segurança tem tido qualquer eficácia sobre o criminoso portador de psicopatia.

Para Jorge Trindade (2012)99, nenhuma das sanções penais têm tido eficácia sobre os presos portadores de psicopatia:

> De igual modo, medidas puramente punitivas e dissuasórias têm mostrado pouco efeito sobre a reincidência e, às vezes, resultado até mesmo negativo (Redondo e outros, 1999).237 A questão que sobressai novamente é que psicopatas não se intimidam com a severidade do castigo nem aprendem com a experiência. (2012, p.159)

Assim, muitas vezes o criminoso adentra no sistema carcerário e não consegue evoluir e desenvolver como pessoa humana, não resolvendo a situação motriz intrínseca ao seu ser, posto que, essas sanções penais podem ser um meio de aprimorar as características latentes que formam a personalidade do psicopata. Nesse sentido, Jorge Trindade (2012) é defendente da seguinte ideia:

> Outro aspecto que assume especial relevo no que diz respeito ao tratamento de psicopatas é que algumas abordagens podem agravar a condição que se pretende melhorar. Determinados programas podem fornecer ao psicopata um aprimoramento na sua técnica de manipular, iludir, enganar e aproveitar-se dos outros (Hare, 1998),236 gerando mais malefício do que benefício. (2012, p. 159)

Portanto, seria necessário a adoção de um método extremamente eficaz, que se destinaria para o momento da avaliação do criminoso, além disto, o mesmo só poderia ser realizado por profissionais capacitados.

Nesse contexto, seria ideal a adoção da Psychopaty Checklist (PCL)100, método utilizado por grandes estudiosos da psicopatia, como meio de avaliar os fatores de risco e de violência do portador de psicopatia.

---

99 TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 159.

100 A Psychopathy Checklist (Avaliação de Psicopatia) permite a discussão das características dos psicopatas sem o menor risco de descrever simples desvios sociais ou criminalidade ou de rotular pessoas que não têm nada em comum, a não ser o fato de terem violado a lei. Ela também fornece um quadro detalhado das personalidades perturbadas dos psicopatas que se encontram entre nós. -Hare, Robert D. **Sem consciência**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para LIBARDONI101 (2020, Apud Ana Beatriz Barbosa ,2008, p. 134), no Brasil a PCL seria um método de confiança e eficiência para reconhecer o criminoso psicopata. Desta forma assevera que:

> A utilização do psychopaty checklist no sistema prisional brasileiro permitiria a identificação dos sentenciados portadores desse transtorno antissocial (quando a identificação não tiver ocorrido durante o processo criminal), separando-os na execução de suas penas dos demais sentenciados, disponibilizando pessoal tecnicamente preparado para lidar com esse público e suas peculiaridades (uma vez que os psicopatas sabem dissimular bom comportamento e regeneração, entretanto, estando em liberdade, certamente voltam a delinquir). Trata-se da efetivação do princípio da individualização da pena na execução criminal.

Para Trindade (2012)102 a melhor forma de lidar com o criminoso portador de psicopatia consiste no seguinte:

> Com efeito, psicopatas necessitam de uma supervisão rigorosa e intensiva. Qualquer falha no sistema de acompanhamento pode trazer resultados imprevisíveis. Isso exige programas bem delineados, fortemente estruturados, com etapas muito claras que, se descumpridas, devem fazer o sujeito retroceder a um regime de maior vigilância. Os modelos cognitivos, conforme já referido, são os que mais enquadram o psicopata e podem promover uma reestruturação no seu modo de processar informações. Psicopatas não aderem voluntariamente a nenhum tipo de tratamento e, se e

---

[recurso eletrônico]: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós / Robert D. Hare; tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013, p.48.

101 LIBARDONI, Bruna Luiza Paz; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **AS INSUFICIÊNCIAS DO DIREITO PENAL EM FACE DOS PSICOPATAS.** 2015. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí -Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:eOyttGORtQJ:https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/5353/453>. Acesso em: 28 set. 2021.

102 TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 160.

> quando o fazem, é apenas para obter benefícios e vantagens secundárias.(2012.p.160)

Ante o exposto, considerando, as características negativas que compõem o perfil do dos criminosos portadores de psicopatia, sobretudo a sua predisposição para a reincidência, se torna imprescindível identificá-los de forma correta, além de avaliar esses indivíduos, logo, o magistrado não seria levado a tomar decisões infundadas, que resultariam na reinserção destes, na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A psicopatia, também chamada transtorno de personalidade antissocial, é um desafio para as áreas das ciências humanas, pois ainda existe muita controvérsia quanto a esse assunto. Ademais, conjuntamente, tanto as ciências jurídicas como as ciências humanas enfrentam grandes dificuldades para se chegar a uma conclusão sobre os psicopatas.

No presente trabalho foram realizados alguns apontamentos quanto a psicopatia. Assim, com enfoque na imputabilidade penal do psicopata, compreende-se que a psicopatia não pode ser confundida coma loucura ou doença mental. Além disto, a imputabilidade penal está intimamente ligada a sanção penal que o criminoso portador de psicopatia receberá.

Quanto as sanções penais, restou claro que passaram a ser um meio de aperfeiçoamento das características que formam o perfil do criminoso psicopata, posto que, aproveitam-se da reclusão para semear a violência, provocando motins, rebeliões que resultaram na morte de outros presos ou até de funcionários do presídio, afetando ainda mais o ambiente carcerário.

Ademais, restou claro, a dificuldade quanto a identificação desses indivíduos no sistema prisional brasileiro, dado que a psicopatia não é de fácil percepção e seu diagnóstico exige um alto grau de entendimento quanto a esse transtorno.

A situação é agravada em nosso sistema, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece uma legislação especial para tratar sobre esta temática. A falta deste tratamento especial aos psicopatas prejudica tanto a sociedade, como também na compreensão desta coletividade e a tentativa de inclusão e a permanência destes indivíduos no âmbito social.

Desta forma, conclui-se que é de suma importância a criação de uma lei específica para zelar dos criminosos portadores de psicopatia e assim consequentemente a implementação de um meio para a identificação desses indivíduos; como é o caso da Psychopathy Checklist muito utilizada por diversos países.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em suma, o sistema prisional brasileiro necessita de uma legislação que se recupere e incluía na sociedade os portadores de psicopatia, assegurando-lhes um tratamento especial e direcionado estritamente a esta coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, de Chaves Bruna;MACEDO, Pereira Jaqueline, GONÇALVES, Erica Oliveira Santos. **A PSICOPATIA E O DIREITO PENAL – A SANÇÃO PENAL ADEQUADA.** Rev. Jurídica do Nordeste Mineiro, v 02, 2020. Disponível em: <https://revistas.unipacto.com.br>. Acesso em: 18 de set. 2021.

ALMEIDA, Francis Moraes de. **História da Psiquiatria: máscaras da insanidade: emergências e ressurgências do conceito de psicopatia na psiquiatria contemporânea. Psychiatry On Line Brasil**, [*s. l.*], v. 12, n. 12, p. 1-8, dez. 2007. Disponível em: <http://www.polbr.med.br/ano07/wal1207.php>. Acesso em: 07 out. 2021.

ARAÚJO, Gabriela Rocha. **INEFICÁCIA DA SANÇÃO PENAL AOS CRIMINOSOS PSICOPATAS: A INTERDIÇÃO CIVIL COMO MECANISMO SUBSIDIÁRIO DE SEGURANÇA À COLETIVIDADE**. 2020. 28 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/281/1/TCC%20Gabriela%20Rocha.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

CHAVES José Péricles, MARQUES Leonor Matos**. Psicopatas:como são tratados no sistema penal brasileiro.**Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/psicopatas-como-sao-tratados-no-sistema-penal-brasileiro/ Acesso em: 15 de Set.2021

DINIZ, Thayná Lacerda. **CRIMINOSO PSICOPATA: UMA ANÁLISE ACERCA DA SANÇÃO PENAL CABÍVEL AOS PORTADORES DESSA PSICOPATOLOGIA**. 2018. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/12905>. Acesso em: 20 ago. 2021.

HARE, D. Robert. **SEM CONSCIÊNCIA**: **O mundo pertubador dos psicopatas que vivem entre nós.** 1 ed. Porto Alegre: Artmed,2013.

LIBARDONI, Bruna Luiza Paz; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **AS INSUFICIÊNCIAS DO DIREITO PENAL EM FACE DOS PSICOPATAS**. 2015. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí -Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:eOyttGORtQJ:https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/5353/453>. Acesso em: 28 set. 2021.

MEDICINAnet **Lista CID 10**. 2021. Disponível em: <https://www.medicinanet.com.br/cid10.htm>. Acesso em: 07 out.2021.

MACEDO, Gabriela Canto de. **A RESPONSABILIDADE PENAL DOS PORTADORES DE PSICOPATIA**. 2018. 67 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/192597>.Acesso em: 20 set. 2021.

MAGALHÃES, Ana Maria. **A PSICOPATIA À LUZ DAS SANÇÕES PENAIS: Inimputabilidade ou falha do sistema legislativo?** 2019. 25 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1263/1/Monografia%20-%20Ana%20Maria%20Magalh%C3%A3es.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

MOUTINHO, Thayná da Silva; SILVA, Mislene Lima. **A EFICÁCIA DA MEDIDA DE SEGURANÇA DO TIPO INTERNAÇÃO NO TRATAMENTO DE PSICOPATAS E OS REFLEXOS DA LEI Nº 10. 216/2001**. **Revista de Direito Fibra Lex,** Amazônia, v. 5, n. 4, p. 1-14, 2019. Semanal. Disponível em: <https://fibrapara.edu.br/periodicos/index.php/fibralex/article/view/107>. Acesso em: 10 set. 2021.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **O Psicopata**. Rev. Psychiatry on line brasil., v. 22, n.10, 2017. Disponível em: <https://www.polbr.med.br/ano17/for1017.php>. Acesso em: 13 Abr. 2021

MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. Revista Brasileira de Psiquiatria,** São Paulo, v. 28, p. 3-6, out. 2006. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/s1516-44462006000600005. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/26776>. Acesso em: 15 set. 2021.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **PSICOPATIA POR UM ESPECIALISTA.**,**Rev.Psychiatry On Line Brasil,** v. 26 n.08, 2019. Disponível em: <http://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>. Acesso em: 15 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza.**Manual de Direito Penal.**12 ed.Rio de Janeiro:Forense,2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso **de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**.3. ed.Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Rafaela Pacheco; SILVA, Roberta Christie P. da; LIMA, Érica Fontenele Costa; JESUÍNO, Filipe de Menezes. **A psicopatia no direito penal brasileiro: respostas judiciais, proteção da sociedade e tratamento adequado aos psicopatas – uma análise interdisciplinar. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará,** Ceará, v. 11, n. 1, p. 173-193, 2019. Semanal. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/71>. Acesso em: 22 ago. 2021.

OLIVEIRA, Fernando Aparecido Alves de; OLIVEIRA, Mayara Aparecida Cesar de. **PSICOPATAS E O DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 2019. 43 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade de Taubaté, Taubaté – São Paulo, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unitau.br/jspui/handle/20.500.11874/3596>. Acesso em: 02 set. 2021.

PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. **O PSICOPATA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO QUAL A SANÇÃO PENAL ADEQUADA?** 2011. 17 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade Pitágoras de Uberlândia, Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/praxis/article/download/255/214>. Acesso em: 04 out. 2021.

PIERI, Rhannele Silva; VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. A ANÁLISE DA PSICOPATIA PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO E OPOSSÍVEL RISCO À SOCIEDADE. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/Rjdsj**, Dourados/Ms, v. 7, n. 1, p. 1-23, nov. 2018. Semanal. Disponível em: <webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jYfafWWx_QIJ:https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/download/3248/2692+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2021.

SANTANA, Wendell. **Direito penal brasileiro e psicologia jurídica**: uma análise sobre os casos de psicopatia. 1 ed. Rio Grande do Norte: Independently Published, 2017.

SANTOS, Luiz Filipe Freitas dos. **O TRATAMENTO DO DIREITO PENAL AOS CRIMINOSOS PORTADORES DE PSICOPATIA**. 2018. 41 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/737>. Acesso em: 27 ago. 2021.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas**: O psicopata mora ao lado. 2 ed. São Paulo: Globo,2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SILVA, Thamires C. Olivetti Albieri da; PANUCCI, João Augusto Arfeli. **A MENTE PSICOPÁTICA DO SERIAL KILLER. Etic - Encontro Toledo de Iniciação Científica,** Presidente Prudente - São Paulo, v. 12, n. 12, p. 1-19, 2016. Semanal. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5741>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Trindade, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**.6. ed. rev. atual, e ampi. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

EXCESSOS DO PODER NORMATIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

SAMUEL DA SILVA MARTINS: graduando em Direito pela Universidade de Gurupi Unirg

AGNELO ROCHA NOGUEIRA SOARES[103]

(orientador)

RESUMO: As autoridades têm carregado em seus ombros a grande responsabilidade de lutar contra o alastramento do Covid-19, lançando mão de recursos que limitam a liberdade de ir e vir. Esta não é uma tarefa fácil, pois exige a garantia da segurança sanitária, contudo, sem atacar os direitos relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado pelo artigo 1°, inciso III da Constituição Federal. Nessaperspectiva, o objetivo geral desta pesquisa foi verificar se ocorreram excessos do poder normativo em tempos de pandemia (COVID-19) à luz da CF (1988). Realizou- se uma pesquisa bibliográfica, onde a fonte principal foi a própria CF (1988), assim como leis infraconstitucionais e doutrinas. Os resultados demonstraram que os decretos emitidos pelas autoridades brasileiras durante a pandemia, quando se tratavam de restrição da livre locomoção não apresentaram ilegalidade.

Palavras chave: Liberdade. Limites. SARS-CoV-2. Pandemia.

ABSTRACT: Authorities have carried on their shoulders the great responsibility of fighting the spread of Covid-19, resorting to resources that limit the freedom to come and go. This is not an easy task, as it requires the guarantee of sanitary security, however, without attacking the rights related to the principle of human dignity, advocated by article 1, item III of the Federal Constitution. In this perspective, the general objective of this research was to verify if there were excesses of normative power in times of pandemic (COVID-19) in the light of the FC (1988). A bibliographical research was carried out, where the main source was the CF (1988), as well as infra-constitutional laws and doctrines. The results showed that the decrees issued by the Brazilian authorities during the pandemic, when it came to restrictions on free movement, were not illegal.

Keywords: SARS-CoV-2. Freedom. Limits. Pandemic.

---

103 Professor Me. em Desenvolvimento Regional pelaUniversidade Federal do Tocantins, orientador no curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG.

1,INTRODUÇÃO

A democracia, que é o fundamento dos Estados modernos, teve sua estrutura convencional abalada pela Pandemia provocada pelo Coronavírus (SARS-CoV-2), que provocou um "estado de exceção" de caráter sanitário e induziu o Estado atomar decisões que confrontam as liberdades subjetivas. Nesse contexto, verifica-se a existência de questionamentos acerca das decisões do Estado que restringem liberdades individuais dos cidadãos no intuito de proteger o direito coletivo à vida e à saúde da população.

O decreto é um ato normativo atribuído ao chefe do executivo nas três esferas federativas, sendo que na Constituição Federal institui em seu artigo 84, IV, que compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Com o advento da pandemia do COVID-19 a ferramenta do decreto passou a ser muito discutida entre as pessoas em seu cotidiano, uma vez que suas rotinas foram diretamente afetadas por meio do estabelecimento de atos normativos que impuseram isolamento social e *lockdown*. Nesse contexto, surge a necessidade de estudar os fundamentos legais e constitucionais que respaldam a atuação dos chefes do executivo na edição de decretos, em especial, em períodos de calamidadepública.

Assim, este estudo pretendeu verificar como se deu a atuação do poder executivo na edição de decretos durante em tempos de pandemia (COVID-19), à luz da CF (1988). Realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, onde a fonte principal foi a própria Constituição Federal (1988), assim como leis infraconstitucionais e doutrinas, entre as quais se destacam Di Pietro (2014), Mello (2016) e Moraes (2019).

1. PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que o Estado cumpra suas finalidades institucionais em defesa do interesse coletivo é necessário que haja instrumentação legal para tanto, esta se constitui em prerrogativas específicas e ordenamento jurídico para que os poderesda Administração Pública possam coexistir efetivamente.

Para melhor compreensão da administração pública, primeiramente énecessário entender os seus poderes e para tanto é preciso observar o seu conceito, propriamente dito.

> [...] pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quaisa lei atribui o exercício da função administrativa do Estado (MORAES,2018).

Os poderes da Administração Pública são instrumentos de efetivação das políticas públicas no âmbito das instituições governamentais e constituem-se como instrumentos jurídicos que fundamentam as ações do Estado. Nessa perspectiva, os poderes da Administração pública sucedem da supremacia do interesse público.

> Organizado o Estado no que respeito à divisão do território, à forma de governo, à investidura dos governantes, à instituição dos Poderes e às garantias individuais, estruturam-se, hierarquicamente, os órgãos encarregados do desempenho de certas atribuições que estão sob sua responsabilidade. A organização do Estado é matéria constitucional, cabendo ao Direito Constitucional discipliná-la, enquanto a criação, estruturação, alteração e atribuições das competências dos órgãos da Administração Pública são temas de natureza administrativa, cuja normatização é da alçada do Direito Administrativo. A primeira cabe à Constituição enquanto a segunda toca à lei, conforme, por exemplo, exige o art. 88 da Constituição Federal para a última hipótese, que a Constituição não possa dispor sobre essas matérias, mas tão só uma carreta utilização dos princípios de técnica legislativa (GASPARINI, 2012, p. 98).

A dualidade poder-dever é instrumentada pelo ordenamento jurídico nacional e a disposição dos poderes da Administração é um instrumento que objetiva buscar e conservaros interesses da coletividade. O gestor público precisa e deve dispor deles visto que tais poderes têm como característica o fato de serem irrenunciáveis, portanto, o poder é subordinado ao dever e assim realiza a sua finalidade.

Conforme ressalta Di Pietro (2010), o legislador e o gestor público devem considerar a supremacia do interesse público sobre o privado, o primeiro no momento de elaboração da lei e o segundo, na sua execução. Portanto, havendo conflito entre o interesse privado e o público, este deve prevalecer sobre o outro. Por essa razão que a doutrina considera o princípio da supremacia do interesse público como fundamental no âmbito do regime jurídico administrativo.

No contexto da Pandemia da Covid-19, o direito à liberdade de reunir para a diversão e à prática de atividade econômica não deve prevalecer sobre o direito à vida, isso porque a aglomeração de pessoas potencializa a transmissão e proliferação do contágio da Covid-19. Nessa perspectiva é que o interesse do público prevaleceu sobre o privado na emissão de decretos de contenção de aglomerações.

Houve muito questionamento a respeito da aplicação do princípio da supremacia do interesse público por setores da sociedade, visto que alguns direitos fundamentais

garantidos pela CF (1988) foram suprimidos temporariamente, entreos quais se destacou o direito à liberdade. O artigo 5º da CF (1988), inciso VI, que trata da liberdade de consciência e crença, preconiza que é "livre o exercício dos cultos religiosos e garantida a proteção, na forma da lei, aos locais de culto e suas liturgias".

Mas a Administração Pública tem sempre a incumbência de agir em favor da coletividade quando houver um choque entre o interesse desta e o interesse privado. Assim, os direitos constitucionais como o do livre exercício dos cultos religiosos e o direito de ir e vir não se sobrepõem ao direito à vida, que, no contexto da Pandemia, exige que não haja aglomerações de pessoas.

Nesse contexto, o Decreto 581, de 06/05/2020, editado pelo Município de Gurupi, adotou medidas restritivas que alcançam desde o funcionamento de instituições educacionais, comércio (mudança de horário), clínicas odontológicas, entre outros, como pode ser exemplificar o previsto no seu Art. 1º:

> I – feiras livres (Rua 13 e Rua 07), igrejas, bares, cinemas, clubes sócias, CTG's, centros de treinamentos (escolinhas de futebol), boates, casas noturnas, casas de eventos, motéis, festas em residências, com aglomeração de pessoas, a fim de proteger a saúde pública, os velórios – por mais de duas 2 (duas) horas, devendo o mesmo ser realizado nocemitério onde for acontecer o sepultamento, com a participação apenas de familiares; (DECRETO 581, GURUPI, 2020).

Partindo destes entendimentos, Di Pietro acrescenta:

> As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais (DI PIETRO, 2014, p. 99).

Para tanto, dispõe Alexandre de Moraes, a respeito do conceito à legalidade:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito,determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma,será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto (MORAES, 2018, p 196).

Destarte, entraram questões relacionadas às implantações de decretos, ainda, na classe empresarial com este delicado momento, visto o cenário de decretos e atuações de governantes, durante este período de pandemia, e o comportamento da sociedade diante desta nova situação no país.

O próprio artigo 5º, XV da CF (1988) preconiza o direito de livre locomoçãoem todo território nacional, em tempos de paz, assim conforme a Lei, qualquer pessoa pode transitar livremente, em tempos de paz.

Entendendo que a Pandemia representou uma alteração da normalidade e que este direito não é absoluto, as autoridades emitiram decretos que limitaram o direito de ir e vir em favor do direito à vida.

2. O PODER NORMATIVO E A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO

Cabe ao gestor público a eleição da melhor opção para atender ao interesse coletivo, se a lei permitir mais de uma possibilidade de atuação, assim este tem a incumbência de escolher, no âmbito da Administração Pública, aquela que atende a supremacia do interesse público e é válida perante o direito, o ato decorrente dessa decisão é denominado como discricionariedade.

Desde o início da Pandemia de Covid-19 a Administração Pública tem emitidoleis, decretos, emendas e outras recomendações legais que, por sua vez, têm alterado consideravelmente a vida dos brasileiros. Em conformidade com Di Pietro (2014) que ensina que o Poder Normativo pode ser denominado de Poder Regulador é exatamente este exercício de poder que a Administração detém para editar atos que consumam a lei, que por sua vez viabiliza a sua execução fielmente, portanto, se efetiva por meio de Decreto, e tem fundamentação legal no art. 84, inc. IV da CF (1988) transcrito a seguir:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> [...] IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedirdecretos e regulamentos para sua fiel execução;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mas é importante ressaltar que o Poder Normativo faz apenas a complementação da legislação existente, e não sua alteração, visto que ao realizar a mudança de entendimento acarretará em abuso de poder regulamentar.

Durante o período de Pandemia o Estado precisou fazer uso do poder discricionário para tomar medidas de contenção da infecção pelo vírus sars-cov-2 e decretar o estado de exceção por emergência sanitária e medidas como restrição do direito de locomoção, imposição de quarentena, isolamento social; fechamento de comércios, suspensão de eventos públicos, suspensão das aulas, entre outros.

Porém, todos esses atos discricionários foram recebidos pela sociedade com resistência e, em alguns casos, até mesmo desentendimento até entre entes federados, como exemplo disso pode-se citar o caso em que o Supremo Tribunal Federal teve que se posicionar no dia 15/04/2020 em favor do poder de decisão dos governos estaduais e municipais sobre as regras de isolamento, quarentena e restrições no direito de ir e vir nas rodovias por consequência da epidemia de Coronavírus.

Muito se discutiu sobre a necessidade de medidas restritivas tão severas, assim como se questionou sua própria legalidade, sendo que muitos apontavam abuso de poder discricionário da administração pública e outros defendiam a rigorosidade dos atos do poder público como forma de frear a disseminação da infecção pelo temido vírus.

O setor empresarial sofreu um impacto negativo em relação a sua produtividade, visto que as medidas restritivas emitidas por estados e municípios impactaram diretamente na produtividade da maioria das empresas e a legislação trabalhista não estava preparada para tal eventualidade. Sendo que a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT, 1943), traz timidamente em seu art. 501 uma prévia da situação de força maior, como se pode ver a seguir:

> Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.
>
> § 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.
>
> § 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Trata-se de uma tímida previsão de uma situação de força maior, que aparececomo sendo todo e qualquer evento inevitável em relação ao livre arbítrio do empregador, sendo que este não contribui nem direta ou indiretamente para tal evento.

Como exemplo do que ocorreu em muitos municípios brasileiros, o Decreto 581 (Gurupi, 2020) trouxe muitas limitações de funcionamento para as empresas locais, tais como restrição de horários de funcionamento, vejamos:

Art. 1º. [...]:

> b. no horário das 13h às 19 horas, lojas de móveis e eletrodomésticos, eletro eletrônicos e importados, barbearias e salões de beleza, cosméticos e perfumarias, óticas e joalherias, ferragens, brinquedos e utilidades, produtos de informática, serviços relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados, estrutura metálica e vidraçarias;

Nesse contexto, em que as empresas passaram a funcionar com um períodode tempo bem menor e na falta de previsão legal sobre o relacionamento com os funcionários é importante ressaltar que a solução extrajudicial foi uma estratégia de soluçaõ de possíveis problemas entre empregados e empregadores.

Porém, o poder público foi colocado à prova no decorrer da Pandemia de Covid-19 em relação a sua capacidade intervir de forma positiva no setor privado pormeio da criação de medidas eficientes que tanto sirvam para diminuir adisseminação do novo coronavírus quanto contribuir com a recuperação economica. Cardoso e Magalhães (2020) defendem que não existe uma discusão efetiva da economia antes de haver um controle razoável da doença, portanto, é necessário que haja uma resposta adequada do sistema de saúde, e ainda acrescentam "O trade off entre economia e saúde é um falso dilema [...]" (CARDOSO; MAGALHÃES, 2020, p. 29).

Portanto, é possível abstrair que se o governo fizer um investimento namanutenção do sistema de saúde haverá um reflexo positivo nas empresas, isso se dá devido ao retorno das atividades normais em menos tempo. O pensamento de Cardoso e Magalhães (2020) corrobora com o princípio da supremacia do público, e vai além, se posicionando no sentido de que este favorece o privado.

Enquanto que alguns setores e modalidades de empresas foram beneficiadas pela situação atípica oriunda dos decretos e suas medidas restritivas, como se vê nafala de Câmara (2020, p. 89).

> É certo que com o isolamento social em virtude da pandemia de COVID 19 a busca por serviços de entrega de alimentos e

> medicamentos foi bastante incrementada, com contratações feitas por telefone ou por ambiente virtual. A suspensão provisória do direito de arrependimento nessas situações se mostra como uma medida protetiva para o fornecedor desses itens, pois com a pluralização dos pedidos, seria difícil manter-seum patamar tão rigoroso de proteção ao consumidor.

Portanto, novos nichos de mercado exigiram uma adpatação das empresasno sentido de inovar suas relações com seus clientes, que apesar de mais reclusos por causa das medidas restritivas legais, existiam e tinham os mesmos desejos e necessidades de consumo.

3. ESTADO DE EXCEÇÃO: CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO

No âmbito do Direito Administrativo quem primeiro citou o conceito de "estado de exceção" foi Schmitt (1988) ao relaciona-lo com o poder soberano de decisão do poder público, assim o Estado foi colocado como superior as suas próprias leis, assim o direito recua, enquanto que o Estado avança, isso em um contexto de caos e/ou excepcional.

A pandemia provocada pela infecção de Coronavírus configura-se um "estado de exceção" de caráter sanitário, portanto, os direitos subjetivos recuaram temporariamente em face ao direito público primordial: direito à vida.

Então as decisões que trouxeram restrições de liberdades fundamentais tiveram como base "ato legalmente derivado do poder público", que se traduz aos decretos introduzidos nas sociedades, para sejam cumpridos e evite a disseminaçãodo vírus sobre o meio social.

E como reflexos que foram acarretados na pandemia em meio à situação nacional têm-se os muitos decretos nas três esferas da administração publica: federal, estadual e municipal. Entre as inovações jurídicas destacam-se a Lei nº

14.151 de 12/05/2021 (13/05) que inova e traz o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo Coronavírus. Veja o que diz a referida lei:

> Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo Coronavírus, a empregada gestante deverá permanecerafastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.
>
> Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

Ainda cita-se a Lei nº 14.150 de 12/05/2021 (13/05) que faz alteração da Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020 (Lei Aldir Blanc), com o intuito de fazer a prorrogação do auxílio emergencial a trabalhadores e trabalhadoras da cultura e para prorrogar o prazo de utilização de recursos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Acesse para mais informações.

A Lei nº 14.148 de 03/05/2021 que dispõe sobre ações emergenciais e temporárias destinadas ao setor de eventos (04/05) que foi publicada no dia 03/05/2021 a Lei nº 14.148 de 03/05/2021 com a finalidade de instituir ações emergenciais e temporárias destinadas ao setor de eventos para compensar os efeitos decorrentes das medidas de combate à pandemia da Covid-19; institui o Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos (Perse) e o Programa de Garantia aos Setores Críticos (PGSC); e altera as Leis n°s 13.756, de 12 de dezembro de 2018, e 8.212, de 24 de julho de 1991.

Entre as Medidas Provisórias (MP) destaca-se a 951 que foi emitida em 15/04/2020 (data do início de sua vigência, inclusive), traz normas sobre compras públicas, sanções em matéria de licitação e certificação digital, dentre outras providências. Altera, assim, a Lei n° 13.979, publicada no dia 06/02/2020 e que dispõe sobre as medidas de enfrentamento à situação emergencial decorrente da COVID-19. Doravante, em caso de dispensa de licitação de que trata o art. 4° dessa legislação, poderá ser utilizado o sistema de registro de preços (disposto no art. 15, caput, inciso II, da Lei n° 8.666/1993), esta teve a vigência encerrada em teve seu prazo de vigência encerrado no dia 12 de agosto de 2020.

Entre as Emendas Constitucionais (EM) exemplifica-se a nº 106 passou a vigorar em 07/05/2020 (mesma data de sua publicação) e que institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidadepública nacional decorrente de pandemia (Covid-19).

Antes chamada de PEC "Orçamento Guerra", propõe a adoção de regras de caráter extraordinário nos âmbitos fiscais, financeiras e de contratações, com vistas ao enfrentamento da situação excepcional oriunda do novo Coronavírus. Em destaque tem-se a medida prevista no art. 2° da referida Emenda, autorizando a adoção de "processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes".

Estes decretos, medidas provisórias e emendas constitucionais serviram apenas para ilustrar as inovações que ocorreram durante a Pandemia no sistema jurídico

brasileiro, visto que são muitos e alteraram consideravelmente o panorama para atender uma situação extrema vivenciada pelo mundo todo e também pelos brasileiros.

Entre as medidas já citadas o Congresso Nacional fez o reconhecimento por meio do Decreto Legislativo de 06, de 20 de março de 2020, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o estado de calamidade pública, que faz a liberação do poder público para gastar mais recursos do que em tempos de normalidade, especialmente a União. Essa medida pode acarretar possíveis excessos no uso de recursos públicos durante a pandemia.

3 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE COMBATE À PANDEMIA (COVID-19) NOBRASIL E O EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO

A CF (1988) é o parâmetro de legalidade para as leis que são emitidas pelos políticos eleitos pelo voto popular, portanto, somente a existência da lei maior não garante que isso aconteça, para tanto se tem como instrumento, entre muitos outros as Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI's).

A CF (1988) traz em seu corpo o conjunto de princípios fundamentais que fundamentam todas as demais leis que são denominadas de infraconstitucionais, trata da organização do próprio estado, de seus poderes e suas divisões e também de direitos e deveres dos cidadãos (DI PIETRO, 2014).

Nem mesmo o presidente da república ou a câmara dos deputados podem criar normas que estão em desacordo com a CF (1988), na mesma lógica seguem- se os estados e municípios (MELLO, 2016).

Portanto, o controle da constitucionalidade é feito por meio da aplicação das leis que são feitas por juízes de direito atuando em casos concretos, e ainda pelo Supremo Tribunal Federal por meio de minuciosa análise legal da matéria e decisão colegiada sobre sua constitucionalidade ou não.

No artigo 102 da constituição Federal (1988) tem-se previsto uma ferramenta de controle onde se prevê uma ação judicial que deve ser proposta pelo Supremo Tribunal Federal para que este ajuíze a respeito.

Durante a pandemia de Covid-19 houve a emissão de muitas leis, decretos e medidas provisórias que foram apreciados pelo STF e considerados inconstitucionais, a titulo de exemplificação cita-se a Lei ordinária nº 11.274 de 04 deJunho de 2020 que trazia a proibição de cobrança de empréstimo consignadodurante a pandemia.

O STF votou em desfavor desta lei que trazia a determinação de não cobrança por 90 dias no âmbito do Estado do Maranhão dos empréstimos consignados de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

servidores públicos deste território por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6475.

O STF entendeu que tal lei interferia na relação obrigacional estabelecida entre as instituições de crédito e os servidores e empregados públicos, invadiu a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil (artigo 22, inciso I, daConstituição Federal) e sobre política de crédito (artigo 22, inciso VII).

As ADI's possuem muita importância para a manutenção dos princípios constitucionais em tempos normais, portanto, isso foi potencializado devido a eventualidade advindo da pandemia.

O Brasil já possui lei e ações de vigilância epidemiológica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), porém seus legisladores, dada a gravidade eextremidade da situação, resolveram emitir Lei 13.979/20, que instituiu normativa e medidas de enfrentamento do novo Coronavírus e, mas com sua vigência restrita à duração do estado de emergência internacional, ficando a cargo do ministério da Saúde a edição de atos normativos necessários à sua regulamentação e operacionalização (CÂMARA, 2020).

Em paralelo à supracitada lei os diversos entes da federação emitiram decretos que tiveram em seu escopo a regulamentação das medidas provisórias e restritas à pandemia como meio de prevenção da proliferação do vírus causador da Covid-19.

Assim o regramento legal nacional temporário criado a partir da Lei 13.979/20 e os decretos estaduais e municipais criaram uma nova realidade jurídica em âmbito nacional: estabelecidos novos direitos e deveres para a população, limitações às liberdades individuais em favor do bem coletivo, obrigação de informação pelo poder público sobre questões privadas, flexibilizações ainda maiores nas contrataçõesfederais e estaduais, além de outras medidas que acrescentaram discricionariedade para administradores e gestores para lidar com a situação atípica criada pela Pandemia.

Entre os princípios fundamentais que preconiza a CF (1988) tem-se a garantiaao direito de locomoção previsto no art. 5º, XV, que rege: "[...] é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

Além dos casos previstos na própria Constituição (1988) quando se trata de prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de Juiz, prisão civil, administrativa ou especial para fins de deportação, nos casos que são previstos na legislação brasileira, durante vigência de estado de sítio (CF, 1988).

Durante a Pandemia normas infraconstitucionais foram editadas pelos representantes da Administração Pública exercendo o poder discricionário que lhesé

de direito e dever, que legislaram sobre restrições ao direito de locomoção previstas no art. 5º, citam-se as duas principais: quarentena e isolamento social.

O primeiro instrumento legal infraconstitucional emitido dessa natureza em decorrência da Pandemia foi a Lei 13.979/2020 que recebeu regulamentação por meio do Decreto 10.282/2020 e portaria 356/2020 do Ministério da Saúde, estes trouxeram a previsão de separação de pessoas que apresentassem sintomas análogos ao da Covid-19, ou que estivesse em investigação laboratorial e/ou clínicae teve como objetivo principal evitar que o coronavírus se propagasse rapidamente entre a população brasileira, sufocando o sistema de saúde, este foi denominado pela legislação relativa de "isolamento" (BRASIL, 13.979/2020).

Enquanto que a quarentena foi a suspensão das atividades normais no comércio e separação de pessoas suspeitas de estarem contaminadas, assim como bagagens, contêineres, animais; meios de transportes ou mercadorias que potencialmente pudessem representar um canal de propagação do vírus (BRASIL, 13.979/2020).

Quem passou a ter a incumbência de decretar a quarentena foram as autoridades locais de saúde, em Gurupi-TO isso foi feito pelo Decreto 581, de 06/05/2020 que trouxe, inclusive previsão de punição de multa e prisão para o infrator, este foi embasado no art. 268 do Código Penal brasileiro que prevê a punição criminal a conduta de "[...] infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa", o que assegura que o direito de ir e vir previsto no art. 5º, XV possui exceções.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto nessa pesquisa, foi possível realizar uma reflexão a respeito dos excessos do poder normativo da Administração Pública em tempos de pandemia de covid-19.

Realizou-se um paralelo entre o poder discricionário próprio do Estado sobre as medidas de contenção da infecção por Coronavírus e a sua legalidade observando os direitos subjetivos do cidadão brasileiro.

Percebeu-se que houve um conflito de interesses entre o direito subjetivo de livre locomoção previsto no art. 5º, XV da Constituição Federal (1988) que por sua vez não é absoluto, além dos casos mais corriqueiros de restrição de liberdade por prisão em flagrante ou decretada por juiz, estado de sítio e ou prisão para deportação, os Administradores Públicos entenderam que poderiam editar leis infraconstitucionais com base na defesa do direito à vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, ao concluir este estudo entendeu-se que os decretos emitidos pelas autoridades brasileiras durante a pandemia, quando se tratavam de restrição da livre locomoção não apresentaram afronta a legalidade, porém, houve alguns excessos entre os quais se lembra de o que suspendeu a cobrança de empréstimos consignados para servidores públicos no Estado do Maranhão.

No que diz respeito ao fato do Congresso Nacional emitir reconhecimento por meio do Decreto Legislativo de 06, de 20 de março de 2020, para os fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o estado de calamidade pública, que faz a liberação do poder público para gastar mais recursos do que em tempos de normalidade, especialmente a União, percebeu-se que se trata de uma abertura que dá maior liberdade de gastos para o poder executivo, mas sabe-se que os estes terão que prestar contas para os órgãos de controle.

Assim, o poder discricionário do Estado limitou o exercício da livre locomoção individual, mas isso se deu com respeito à supremacia do interesse público em relação ao subjetivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22set. 2020.

_____. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. **Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. 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: 18 set. 2020.

_____. Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidascomplementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e daemergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000,

12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Lei nº 14.028, de 27 de julho de 2020.

Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para garantir que o receituário médico ou odontológico de medicamentos sujeitos a prescrição e de uso contínuo tenha validade pelo menos enquanto perdurarem as medidas de isolamento para contenção do surto da Covid-19, na forma que especifica. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14028.htm>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Presidência da República. **PORTARIA Nº 356, DE 11 DE MARÇO DE2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Presidência da República. **LEI Nº 14.151, DE 12 DE MAIO DE 2021.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Presidência da República. **LEI Nº 14.150, DE 12 DE MAIO DE 2021.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14150.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Presidência da República. **LEI Nº 14.148, DE 3 DE MAIO DE 2021.** Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019- 2022/2021/Lei/L14148.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Presidência da República. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 951, DE 15 DE ABRIL DE 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv951.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Presidência da República. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106, DE 7 DE MAIO DE 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acessoem: 20 out. 2021.

CÂMARA, Ivana Cristina Faustino. **Comentários ao regime jurídico transitório das relações privadas durante a pandemia.** Revista Espaço e Tempo Midiáticos, nº 2, 3ª Ed. Tocantins, 2020.

CARDOSO, Leonardo Chaves Borges; MAGALHÂES, Graziella. **Efeitos econômicos e distributivos da pandemia de coronavírus no Brasil.** Revista de Economia e Agronegócio. Vol. 18, nº 1. Universidade Federal de Viçosa. Minas Gerais, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Evento discute se a Constituição prevalece na emergência da pandemia. Revista Conjur– Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/juristas-discutem-abrangencia-constituicao- durante-pandemia >. Acesso em: 18 nov. 2020.

GURUPI. Decreto nº 581, de 06 de maio de 2020. Disponível em: http://pref.gurupi.to.gov.br/resources/arquivos-publicados/SECAD_Decreto_581- 2020-070520200923.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 356, de 11 de março de 2020. **Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da**

emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus(COVID-19). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-

/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 17 set. 2020.
MORAES, Alexandre; **Doutrina Constitucional**; 36. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ABUSO SEXUAL NO ÂMBITO FAMILIAR: UMA ANÁLISE ACERCA DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO E APOIO A CRIANÇAS E ADOLESCENTE VÍTIMAS DE ABUSO

JULIANA YAMILLE NOGUEIRA TORRES: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Fametro

RESUMO: Para atender o propósito deste trabalho foram realizadas pesquisas bibliográficas em materiais referências na área, incluindo livros, artigos e as menções legislativas. Tem como objetivo principal analisar os sistemas de proteção à criança e ao adolescente que é vítima de abuso sexual no seu âmbito familiar, como também descrever todos os direitos e garantias tipificados em nosso ordenamento jurídico, juntamente com os deveres da sociedade em casos de abusos intrafamiliar. Sendo o Abuso Sexual um dos maiores problemas sociais e culturais da vitimização da criança e do adolescente o trabalho visa estudar como as autoridades, sociedade e a família devem atuar conjuntamente com os profissionais competentes, conforme as leis, convenções e o Estatuto da Criança e do Adolescente, para a proteção física, e também os danos psicológicos às vítimas como o seu difícil diagnostico, para que seja tomada as medidas cabíveis para a proteção integral da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso Sexual Intrafamiliar. Criança e Adolescente. Direitos e Garantias. Proteção à Vítima.

ABSTRACT: In order to meet the purpose of this work, bibliographical research was carried out in reference materials in the area, including books, articles and legislative mentions. Its main objective is to analyze the protection systems for children and adolescents who are victims of sexual abuse within their family, as well as to describe all the rights and guarantees typified in our legal system, together with the duties of society in cases of intra-family abuse . Since Sexual Abuse is one of the biggest social and cultural problems in the victimization of children and adolescents, the work aims to study how the authorities, society and the family should act together with the competent professionals, according to the laws, conventions and the Child and Child Statute. Adolescents, for physical protection, as well as psychological damage to victims as well as their difficult diagnosis, so that appropriate measures are taken for the full protection of children and adolescents.

KEYWORDS: Intrafamily Sexual Abuse. Child and teenager. Rights and Warranties. Victim Protection.

1 INTRODUÇÃO

A violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes é um dos maiores óbice da sociedade. Esses abusos vêm se tornando uma vasta proporção diante de

denúncias, no qual podemos ver vítimas cheias de fragmentos no seu interior e com poucos detalhes no seu exterior. Violências praticadas contra essas crianças são consideradas deploráveis, que merece repúdios sérios de proteção da vítima, por isso o trabalho visa estudar os sistema de proteção e amparação da criança e do adolescente que são vítimas de abuso sexual, bem como seus vários aspectos sociais e culturais.

Esse sistema de proteção deve ser levado de maneira severa, para garantir que todos os seus direitos e garantias sejam amparados, haja vista as crianças e adolescentes não terem condições maturacionais e ponderação de enfrentamento, violando as normais morais, sociais e legais.

Com isso, perfaz a necessidade de uma atuação conjunta entre a sociedade, estado, família e profissionais para minimizar os danos do abuso sexual no momento em que a criança e o adolescente conseguem romper o silêncio.

Essa atuação conjunta, que é compreendida como um sistema de pessoas significativas que compõe os relacionamentos existentes e percebidos pela criança e que tem o dever de protegê-las, há de ser aprofundadas para que não haja despreparo e sim o preparo adequado para essas situações de hostilidade no qual a criança e o adolescente é submetido.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CRIME SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A violência sexual contra crianças, é considerada um grave problema de saúde pública em muitos países, inclusive no Brasil.

Esta faceta da violência, vem de maneira desigual e é por conta das relações de poder e obediência por parte do agressor e da vítima que ainda é uma criança ou um adolescente. A violência sexual divide-se em Abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar, Exploração sexual e comercial de crianças e adolescentes.

Para Minayo (2006), a violência não é uma, é múltipla; de origem latina, o vocábulo vem da palavra vis, que quer dizer força e se refere às noções de constrangimento e de uso da superioridade física sobre o outro. Para a autora os eventos violentos praticados pela humanidade estão associados a conflitos de autoridade, a lutas pelo poder e a vontade de domínio, de posse e de aniquilamento do outro ou de seus bens.

Atualmente, essa problemática vem tomando uma vasta proporção diante das diversas denúncias de abusos sexuais, principalmente, envolvendo menores de 14 anos, intitulados como vulneráveis pela Lei nº 12.015/09.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo o Ministério da Mulher, da família e dos direitos humanos (MMFHD), no ano de 2019, dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos ao longo de 2019, 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes, um aumento de quase 14% em relação a 2018. A Ministra Damares, também comentou dizendo que "a violência sexual contra criança e adolescente não está claramente visível, comparada as outras violências"

Aliás, este problema ocorre pelo simples fato do abuso sexual ainda ser uma violência muito silenciosa por diversos fatores, uma delas devido ter sido quebrado recentemente os paradigmas dos anos 90 (Século XX). Democratizando no país, a partir da Constituição Federal de 1988, onde adentrou vários garantias às vítimas deste crime, tornando-se um marco histórico em relação aos direitos da criança e do adolescente. Após esse acontecimento, houve a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei n° 8.089/90) no ano de 1990, o qual veio fortalecer ainda mais o cuidado, e priorizar a proteção integral, onde a família, a sociedade e o Estado se responsabilizasse pelo seu desenvolvimento adequado.

2.1.1 Violência de Estupro de Vulnerável

Com a vigência da Lei nº 12.015 em 2009, houve várias mudanças no contexto dos crimes sexuais na Legislação Penal Brasileira, a nomenclatura do Título VI do Código Penal Brasileiro foi uma delas, onde antes esses crimes eram tratados sob o título de "Dos Crimes Contra os Costumes", sendo agora intitulado como "Dos Crimes contra a Dignidade Sexual", passando a ter uma visibilidade maior e mais direta sobre do que se trata o texto.

Conforme a Constituição Federal, a dignidade sexual é um princípio que deriva de um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecida como um dos fundamentos do art 1º, inciso III da CF de 1988.

Ademais, estabelece Capez (2016, p.19), "a tutela da dignidade sexual, no caso, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra sua personalidade".

Outro marco de suma importância, foi a criação "Dos crimes contra Vulnerável" ocasionada pela Lei nº 12.015/09, tipificados no art. 217-A do Código Penal sendo um dos objetos de estudo nesse artigo o crime de Estupro de Vulnerável, onde se tutela a dignidade sexual das pessoas em situação de vulnerabilidade, além de buscar a proteção do processo de formação da sexualidade das vítimas desprotegidas elencadas no caput do referido artigo, ou seja, os menores de 14 anos. Vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 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.

O legislador modificou este dispositivo substituindo a presunção de violência, antes prevista no art. 244 do Código Penal, pela atual designação de vítimas vulneráveis, buscando solucionar a discursão a respeito da presunção de violência ser absoluta ou relativa.

Conforme o Superior Tribunal de Justiça o crime de estupro de vulnerável na hipótese de contemplação lasciva é entre o agente, que pode ser um homem ou uma mulher, com uma pessoa menor de 14 (catorze) anos de idade, ou alguém com enfermidade e deficiência mental, que não tem total discernimento para a prática do ato ou que não pode oferecer resistência por alguma circunstância.

Além disso, a Sumula 593 do Supremo Tribunal de Justiça, preceitua que "O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente". O que mostra a incapacidade de uma pessoa menor de 14 (catorze) anos decidir sobre sua iniciação sexual, a julgar por ainda serem imaturas, não importando o fato de termos uma civilização moderna cheia de acesso à informações. Necessitando preservar os segmentos comum de uma criança ou um adolescente, sendo ela física, biológica, social ou psíquica.

Continuando na linha da posição do STJ, é preciso destacar que o estupro de vulnerável realmente não depende do contato físico entre o agente e a vítima. Exige-se, contudo, o envolvimento físico desta no ato sexual, mediante a prática de ato libidinoso:

> A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas

ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena.

Os abusos sexuais intrafamiliar e extrafamiliar são as principais formas de expressão desta violação de direitos o quais, conforme descritos por Souza (2017, p. 89), podem ser compreendidos como:

a. O abuso sexual intrafamiliar é assim considerado quando a agressão ocorre dentro da família, ou seja, a vítima e o agressor possuem uma relação de parentesco. Aqui é importante considerar o contexto familiar ampliado, já que a diferença estabelecida sob o aspecto conceitual objetivou apenas diferenciar as estratégias e metodologias de prevenção, proteção e responsabilização. Assim, quando o agressor compõe a chamada família ampliada ou possui vínculos afetivo-familiares, o abuso deve ser caracterizado como intrafamiliar. 22

b. O abuso sexual extrafamiliar se dá quando não há vínculo de parentesco entre o agressor e a criança ou adolescente. Nesse caso, não significa dizer que não exista uma relação anterior, ao contrário, é possível a existência de algum conhecimento ou até vínculo de confiança. Exemplo: vizinhos ou amigos, educadores, responsáveis por atividades de lazer, profissionais de atendimento (saúde, assistência, educação), religiosos. O autor da violência também pode ser uma pessoa desconhecida, como ocorre nos casos de estupro em locais públicos

2.1.2 Violência Sexual Intrafamiliar.

A violência sexual intrafamiliar é aquela que ocorre no contexto familiar e é perpetrado por pessoas afetivamente próximas da criança ou do adolescente, com ou sem laços sanguíneos, que desempenham um papel de responsável destes se utilizando dessa proximidade como forma facilitadora do abuso. Sendo assim, pode-se pensar em um padrasto, no qual a filha ou o filho depositou a sua confiança e delegou o papel de pai, no pai biológico ou irmão. Antigamente, estas violências recebia apoio das leis, em nome da obediência à hierarquia, sem que tivesse se quer a preocupação de proteger os direitos humanos.

Segundo Maior (1975 p. 153), "o pater era, ao mesmo tempo, o juiz de todas as questões domésticas, o sacerdote do culto no lar e o único senhor do patrimônio familiar", os filhos deviam da honra ao seu chefe, o Pater Familiar, independentemente de qualquer ato que violasse a Dignidade da Pessoa Humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para Maria Berenice Dias (2012, p. 19)

> Apesar de toda a consolidação dos direitos humanos, o homem continua sendo considerado proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. A sociedade protege a agressividade masculina, respeita sua virilidade, construindo a crença da sua superioridade. Afetividade e sensibilidade não são expressões que combinam com a idealizada imagem masculina. Desde o nascimento, o homem é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo para casa, não ser "mulherzinha". Precisa ser um super-homem, pois não lhe é permitido ser apenas humano. Essa errônea consciência de poder é que assegura, ao varão, o suposto direito de fazer uso de sua força física e superioridade corporal sobre todos os membros da família. Venderam para a mulher a ideia de que ela é frágil e necessita de proteção, tendo sido delegado ao homem o papel de protetor, de provedor. Daí à dominação, do sentimento de superioridade à agressão, é um passo.

Graças aos avanços constitucionais, o inciso II do art. 226 do Código penal prevê pena mais severa ao agressor que, se aproveitando da sua condição de autoridade, pratica o delito, quando, na realidade, a sociedade espera deste uma postura de proteção e orientação, jamais de total desrespeito à dignidade humana daqueles a quem lhe são confiados. Este agressor deve ser, portanto, duramente punido

> Art. 226. A pena é aumentada:
>
> II - De metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

Destaca-se que, mesmo com todas as medidas adotas nas diversas culturas e classes sociais, as vítimas de abuso sexual intrafamiliar continuam sendo alvos de violências físicas, psicológicas, sexuais. Continua, também, sendo submetidas às diversas situações de abuso de poder disciplinador, causando-lhes profundas marcas no seu desenvolvimento físico e emocional, o que as torna, muitas vezes, adultos com incapacidades de construir relações de confiança e familiaridade.

Essa permanência é importante uma vez que o crime de estupro em meio à violência sexual intrafamiliar é um dos que possui maior incidência, conforme pesquisas "Em 90% das denúncias, o autor é membro da família da vítima, é alguém que ela ama,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

conhece e respeita, sendo que em 69,6% dos casos o autor é o pai biológico, em 29,8% o padrasto em 0,6% o pai adotivo".

2.2 OS DEVERES DA SOCIEDADE À VÍTIMA

Como dito, ainda que esse público fosse o mais vulnerável e propenso a ser atingido pela violência, as iniciativas legislativas frente a proteção dos direitos da criança e do adolescente só ocorreram, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, através de seu art.227, *caput*:

> 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.

Para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, tornou-se necessária a elaboração de um instrumento legal, nascendo assim a Lei Federal nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que garantiu aos menores de 18 anos a sua proteção integral juntamente com seus direitos fundamentais especiais e específicos, como direito à vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e proteção do trabalho, devendo serem universalmente reconhecidos:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O ECA possibilitou que as crianças e adolescentes independentemente de classe social ou etnias entre outras tivessem seus direitos garantidos, que todos a partir dela fosse iguais, com prioridades perante as políticas sociais, Segundo (SALES, MENDES e MATOS, 2004 . P.246)

> No ECA, está registrado que o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária (seja em família natural ou substituta), à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e a à profissionalização e a proteção ao trabalho são direitos fundamentais de todas as crianças e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> adolescentes. Assim, está visível que a implementação do Estatuto está diretamente ligada a uma ação efetiva em torno das políticas sociais públicas, sendo a Seguridade Social estratégica.

Ademais, para fazer jus as garantias e todos os direitos impostos às vítimas de abuso sexual intrafamiliar, exige-se uma atuação conjunta entre as diversas áreas, pois se trata de situações delicadas e de difícil conhecimento por se tratar de pessoas ainda em desenvolvimento.

A família é um dos maiores laços que uma criança ou adolescente pode ter. Sendo um dos direitos personalíssimos, é intransferível e deve ser vivido para ter amor e afeto para a socialização deste indivíduo. A família tem o dever legal de proteger, sendo inadmissível a violação dos direitos mesmo que seja em detrimento dos direitos dos filhos.

Mesmo sendo um assunto delicado onde a maioria das vezes o agressor está dentro da própria casa ou porque é o Patriarca no qual sustenta o lar, deverá notificar às autoridades para que seja tomada as medidas cabíveis. Havendo a contribuição do responsável para a situação de risco pessoal da vítima pode haver a suspensão ou até mesmo a extinção do poder familiar, com previsão legal no Código Civil, sendo então descritas no artigo 1.638 do Código Civil as situações em que ocorre a perda do poder familiar.

Conforme diz (PAULO, BEATRIZ, 2012, P. 233), Os professores e profissionais da saúde devem ser os primeiros a participar do sistema de garantias, pois a eles é incumbida, juntamente com o governo, a criação de programas para a proteção à infância, logo a tarefa de notificar as situações de abuso sexual quando relatadas por alunos, mesmo que seja com pequenos gestos.

O ECA nos mostra com clareza em seus diversos artigos, que em caso de suspeita desta agressão, deverá ter a notificação. Em caso da falta de comunicação, incorrerá como omissão e responderá administrativamente como infração:

> Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:
>
> Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Após a ocorrência, a depender do caso e do estado da vitima, o Conselho Tutelar passa a ter a responsabilidade de assistir a criança ou o adolescente, devendo requisitar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tratamentos psicológicos, serviços públicos na área de saúde e serviço social e ainda encaminhar às autoridades judiciárias para a notificação de Abuso sexual para a deflagração do processo judicial para eventual afastamento do agressor do lar e seguidamente a sentença.

Para o CRAMI (2002), esse tipo de tratamento refere-se a um conjunto de ações integradas, executadas por uma equipe interdisciplinar e especializada, tendo como objetivo amenizar os danos causados pela violência, interromper o ciclo perpetuador desta violência, oferecer à família a oportunidade de reconstrução de seus vínculos afetivos e dar ao agressor um tratamento digno e adequado, porém, sem prejuízo das medidas legais cabíveis

2.2.1 O Difícil Diagnóstico pelos Danos Psicológicos

A acusação do abuso sexual, quando o acusado é alguém do seu âmbito familiar, traz uma mancha indelével para a sua imagem.

Uma vez que identificar a autoria e a materialidade do abuso sexual não é fácil. A vítima pode não apresentar sintomas físicos e sim psicológicos. Além de que, nem sempre a violência sexual é por meio de gestos agressivos, pelo contrário, e sim por meio de caricias, beijos, promessas e atenção afetiva, fazendo a criança ou o adolescente ter sentimentos dúbio, no qual ela própria imagina ter consentido o ato.

Segundo Silva (1998),

> A criança que sofreu ou sofre abuso apresenta alguns sinais, tais como: comportamento submisso, agressividade, pouco sociáveis, comportamento pseudomaduro, insinuação de atividade sexual, brincadeiras sexuais persistentes, chegam cedo a escola e saem tarde da mesma, incapacidade de concentração na escola e queda do rendimento, medo de pessoas do mesmo sexo do agressor, comportamento aparentemente sedutor com pessoas do mesmo sexo do agressor, fuga de casa, alterações no sono, automutilação, alterações na personalidade, transtorno de estresse pós traumático.

Em vista disso, "quanto mais próximo for o relacionamento entre ela e o abusador, maior será o sentimento de traição" experimentado pela vítima (Santos; Dell'Aglio, 2008, p.3). Por envolver pessoas que costumam exercer autoridade sobre a criança, este tipo de violência propicia a instalação da síndrome do segredo e da negação. (AZAMBUJA, 2011, p. 97)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O livro Psicologia na Prática Jurídica nos diz que "Assim, quando é identificado que aquela criança vítima de abuso, é possível que ela não queira identificar o autor ou até identifique pessoa diversa, seja por medo, ameaças ou o sentimento de culpa.

Segundo Furniss (1993), crianças que sofrem abuso prolongado frequentemente podem expressar sentimento de culpa. Sua origem deve-se ao seu senso equivocado de responsabilidade, que ela deriva do fato de ter sido participante no abuso. Tal confusão muitas vezes tem como contribuição as ameaças de quem cometeu o abuso, que na maioria das vezes a responsabiliza pelas consequências que podem ser geradas caso seja revelado o abuso.

Devido essa certa dificuldade de obtenção de prova e a complexidade do abuso sexual, houve a movimentação para a criação do depoimento especial no momento da Inquirição, onde o profissional permanece em uma sala reservada com a vítima, para que um psicólogo ou assistente social colha a máximo de provas possíveis e seja projetada para o Magistrado, Promotor de Justiça, advogado, réu e os Servidores da Justiça

Este rito processual é demorado e desgastante para a vítima, o que pode agravar ainda mais seu estado emocional. E aos profissionais do direito, esses enfrentam vários tipos de problema, desde a síndrome do segredo até a proximidade do sofrimento da criança ou do adolescente.

Por isto, há uma necessidade escandalosa para que seja tomada todas medidas possíveis para fazer valer o princípio da proteção integral da criança, a fim de que haja o seu tratamento digno, no respeito a sua integridade física - psíquica, na sua proteção social e familiar, no oferecimento de tratamento psicológico e na cooperação para a interrupção da violência sofrida pela criança e ao adolescente.

Vale lembrar que nem sempre é uma tarefa fácil. A vítima leva para si sentimentos violentos em relação a figura paterna e as vezes materna, levando a ter comportamentos agressivos, reflexos de magoas, ansiedades e adversidades. Mas esta função é essencial para dar suporte não só ao judiciário, mas principalmente para a segurança física e psíquica da vítima.

3 CONCLUSÃO

Diante do estudo, constatar a Violência Sexual Intrafamiliar em Crianças e Adolescente não é uma tarefa fácil. Apesar das evoluções e da quebra dos paradigmas a partir da Constituição Federal de 1988 e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde antes eram vistos como objetos de Intervenção do Estado e passaram a ser considerados sujeitos humanos dignos de proteção Integral, o mundo ainda é cheio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de fenômenos culturais e sociais que estão ligadas a desigualdade, dominação de gênero e gerações.

Por conta disto, com a vigência da Lei nº 12.015 em 2009, podemos observar que o legislador além de revogar o crime de atentado ao puder ampliando a antiga redação do delito de estupro, colocou pena mais severa ao agressor que, se aproveitando da sua condição de autoridade, vem a praticar o delito, quando na verdade tem o dever de proteger a vítima e não desrespeitar a dignidade dessa criança ou desse adolescente.

Diante do exposto, vem a necessidade da proteção integral por parte da sociedade, da família e do estado, pois são vítimas em vulnerabilidade e com pouca maturidade para entender que a culpa não devem ser impostas a ela e sim ao agressor. Essa dificuldade de entendimento está pelo simples fato do agressor, na maioria das vezes, está dentro da própria casa e ter vínculos afetivos com a vítima.

Por isso, seu combate deve ser priorizado pela sua magnitude, complexidade e consequências físicas e psicológicas, para que seja tomada todas medidas cabíveis, tanto para a prevenção e conhecimento do perigo por parte desses menores, como para fazer a jus às garantias e direito por meio de um trabalho sensibilizante, através de toda uma sociedade, com as crianças e adolescente que são vítimas de abuso sexual dentro do seu âmbito familiar.

4 REFERÊNCIAS

AZEREDO, Verônica Gonçalves. Enfoque Territorial: Famílias e Proteção Social. In: Famílias em Territórios Vulneráveis: Um estudo sobre proteção social em grupos populares. Essentia Editora, Campos dos Goytacazes, 2015.

BRASIL, **Constituição Federal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 17 de Junho de 2021.

BRASIL. **Ministério da Mulher, da família e dos Direitos Humanos** – Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes.> Acesso em 05 de Novembro de 2021.

COSTA, C.F; LOPES, S.M.S.C. A família e dever de proteção e o crime de estupro de vulnerável. Âmbito Jurídico, 2021. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/eca/a-familia-e-dever-de-protecao-e-o-crime-de-estupro-de-vulneravel/. > Acesso em 07 de Novembro de 2021.

Eca Atualizado - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.> Acessado em 02 de Abril de 2021.

LOBATO, Carolina Daniella Seabra. **Violência sexual contra crianças e adolescentes.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 20 de Maio de 2021.

LOPES, Bethânia Rodrigues. Violência Sexual no Âmbito Familiar contra Crianças e Adolescentes: Análise dos princípios inerentes à proteção de crianças e adolescentes contra a violência, em especial a violência sexual. Brasil Escola. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/violencia-sexual-no-ambito-familiar-contra-criancas-adolescente.htm#indice_19.> Acesso em 06 de Novembro de 2021.

MAGALHÃES T (Coord.): Abuso de Crianças e Jovens. Da suspeita ao diagnóstico. Lidel, Edições Técnicas, Lda. Lisboa, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Especial.** 11 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

PAULO, Beatriz Marinho. **Psicologia na Prática Jurídica.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Cristiana Russo Lima da. O grito silencioso da criança diante violência sexual intrafamiliar. Jus.com.br, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21688/o-grito-silencioso-da-crianca-diante-da-violencia-sexual-intrafamiliar.> Acesso em 07 de Novembro de 2021.

www.conteudojuridico.com.br

A INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS EM FACE DO MARCO CIVIL DA INTERNET

EMILY BEZERRA LINS: Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Manaus- FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo aborda um estudo sobre a os instrumentos de investigação policial para apuração da autoria dos crimes cibernéticos, em face da legislação do Marco civil da Internet que busca, garantir e preservar o direito a proteção de dados dos usuários, e de que forma as dificuldades na investigação impactam no crescimento da impunidade dos crimes cometidos nos meios virtuais, e se existe uma saída para solucionar esse problema, sem ultrapassar o direito ao sigilo de dados, de forma que não se dê acesso irrestrito aos dados dos usuários, mas se proporcione maior facilidade na elucidação destes tipos de crime.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação. Crimes Cibernéticos. Marco Civil da Internet. Impunidade.

ABSTRACT: This article deals with a study on police investigation instruments to determine the authorship of cybercrimes, in view of the Internet Civil Framework legislation that seeks, guarantee and preserve the right to data protection of users, and in what way the Difficulties in the investigation impact on the growth of impunity for crimes committed in virtual media, and if there is a way to solve this problem, without going beyond the right to data confidentiality, in a way that does not give unrestricted access to user data, but provides greater ease in elucidating these types of crime.

KEYWORDS: Investigation. Cyber Crimes. Civil Law of the Internet. Impunity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. crimes cibernéticos: 2.1 A investigação dos crimes cibernéticos; 2.2 Métodos de investigação; 2.3 O Marco Civil da Internet e a influência penal. 3. Proteção de dados x Impunidade: 3.1 Leis em vigor e Projetos de lei em tramite; 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos experimentados nos últimos anos, trouxeram incontestavelmente muitas simplificações para vida cotidiana do ser humano, como o acesso à informações, mensagens, imagens, notícias que se propagam em menos que um segundo, trazendo muito mais rapidez as comunicações, quebrando barreiras de distância, proporcionando um estreitamento nas relações sociais entre pessoas de diferentes países.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Muitos foram os benefícios ocasionados pelos diversos instrumentos tecnológicos criados, contudo, em meio a tantos benefícios, há como em tudo na vida, os malefícios, tais como o aumento da criminalidade virtual, aqueles que usam as novas tecnologias para obter vantagem indevida ou para causar dano a outrem, através da propagação de notícias falsas, fraudes de documentos, injúrias, estelionatos e muitos outros, os benefícios da modernidade e alcançados com a internet trouxe, na mesma proporção, a prática de delitos que vêm trazendo malefícios, não só as vítimas como também os responsáveis pela persecução penal.

Os impactos ocasionados pelos novos meios de comunicações, não poderiam deixar de ser apreciados pelo âmbito jurídico, pois as novas relações virtuais entre as pessoas, indiscutivelmente trariam, e trouxeram de fato, conflitos que só poderiam ser elucidados através da tutela normativa do estado, e pensando nisso, novas legislações precisaram ser concebidas para buscar garantir a segurança dentro do meio digital.

Diante dos conflitos gerados, o direito Penal não poderia deixar de avançar nesse sentido para punir os delitos e infrações que fossem cometidas através desses meios tecnológicos, os chamados Cibercrimes, que para a sua elucidação, necessitam por muitas vezes de uma extensa e complexa investigação criminal, contudo, pela facilidade do anonimato, muitos dos inquéritos policiais que buscam indícios de autoria, acabam sendo arquivados, isso porque se deparam com as legislação do Marco Civil da internet, que buscando proteger os dados dos usuários, acabaram por dificultar de certa forma o trabalho investigativo, contudo a premissa maior é, como proteger os usuários da internet, contra a irrestrito acesso aos seus dados e também contra os crimes a que estão sempre propícios de ser vítimas no meio virtual.

2. CRIMES CIBERNÉTICOS

Para tratar sobre a investigação dos crimes cibernéticos é necessário que primeiro se compreenda, quais são esses crimes, e para Gimenes (2013, p. 01) "o crime virtual é qualquer ação típica, antijurídica e culpável cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão em que um computador conectado à rede mundial de computadores (Internet) seja o instrumento ou o objeto do delito".

Já Rossini (2004, p. 10, apud Dullius, 2012, p. 20) enfatiza que o conceito de delito informático poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade.

Há doutrinadores que ainda classificam os cibercrimes em puros e impuros, e explicam que os delitos cibernéticos puros são as condutas antijurídicas praticadas no âmbito virtual mas que ainda não foram normatizadas, não sendo ainda formalmente típicos, necessitando de introdução na legislação penal, já os impuros são os tipos que já são previstos na lei, tais como por exemplo Estelionato, Furto, Calúnia e Difamação, todos com suas condutas formalmente tipificadas no código penal que podem ser praticados no meio virtual.

A título exemplificativo, Schaun (2018, p. 03) elaborou uma lista com curta informação de cada delito. Alguns deles são crimes cibernéticos próprios, ou seja, que dependem da internet para existir e a inviolabilidade das informações informatizadas é o bem jurídico tutelado, outros são impróprios, nos quais a tecnologia da informação figura como meio para concretização do delito, que pode, porém, se consumar com outro *modus operandi*. Na lista também não há distinção entre infrações penais cibernéticas puras, mistas e comuns. Em suma, desconsidera-se eventuais classificações doutrinárias e se faz um apanhado daqueles crimes que podem envolver a rede mundial de computadores:

> a) Calúnia (Art. 138, do CP)– Imputar a alguém determinado fato definido como crime por meio da internet (f*akenews podem ser um exemplo);*
>
> b) Difamação (Art. 139, do CP)- Imputar a alguém fato, com circunstâncias descritivas, ofensivo à sua reputação, por meio da internet;
>
> c) Injúria (art. 140, do CP)– Ofender a dignidade ou decoro de alguém, ferindo sua honra subjetiva, por meio da internet (*cyberbulliying é um bom exemplo*);
>
> d) Ameaça (art. 147, do CP)– Intimidar alguém, com a internet, mediante promessa de mal injusto e grave (*muito comum em redes de conversa, como Messenger e Whatsapp*);
>
> e) Divulgação de segredo (Art. 153, do CP)- Revelar segredos de terceiros na internet ou divulgar material confidencial de documentos/correspondências que possam causar danos;
>
> f) Invasão de dispositivo informático (Art. 154-A, do CP)– Violar indevidamente dispositivos de processamento, dispositivos de entrada, de saída e de processamento, ou contribui para tal, oferecendo, distribuindo ou difundindo programa para tal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

g) Furto (Art. 155) – Colocar os dados de outra pessoa para sacar ou desviar dinheiro de uma conta, pela internet;

h) Furto com abuso de confiança ou mediante fraude ou destreza (art. 155, § 4º, inciso II, do CP)- Fraudes bancárias por meio de *Internet Banking* ou clonagem de cartão de *Internet Banking (CRYPTOJACKING – mineiração maliciosa de criptomoedas, por meio de malware em computador alheio)*;

i) Comentar, em chats, e-mails e outros, de forma negativa, sobre religiões e etnias e, a depender do STF, opção sexual (Art. 20, da Lei n. 7.716 /89)- Preconceito ou discriminação de modo geral;

j) Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por meio da internet, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional (Art. 247, da Lei n. 8.069 /90);

k) Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por meio de sistema de informática, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (Art. 241-A c/c Art. 241-E, da Lei n. 8.069 /90);

l) Estelionato (Art. 171, do CP)- Promoções com furto de dados e esquemas de fraude com uso da internet, no geral;

m) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos e medicinais (art. 273, § 1º, do CP)– Muito comum em venda irregular de medicamentos, cosméticos, insumos farmacêuticos, etc, pela Internet;

n) Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (Art. 208, do CP)– Zombar afrontosamente da religião alheia *(criar comunidade online que menospreze ou zombe de pessoas religiosas e religiões);*

o) Estupro (Art. 213, do CP)– Constrager alguém, com uma chantagem por hacking de computação ou ameaça qualquer (até por uma webcam, com refém, por exemplo), a satisfazer a lascívia

por videoconferência, por meio de prática de um ato libidinoso diverso de conjunção carnal;

p) Favorecimento da prostituição (Art. 228, do CP)– Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone, usando a internet;

q) Ato obsceno e escrito ou objeto obsceno (Arts. 233 e 234, do CP);

r) Interrupção ou perturbação de serviço de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento (Art. 266, § 1º, do CP)- Modificar ou danificar um site na internet que contenha informação de utilidade pública *(defacement);*

s) Incitação ao crime (Art. 286, do CP)– Incentivar a prática de determinado crime, por meio da internet;

t) Apologia de crime (Artigo 287, do CP): criar comunidades virtuais (fóruns, blogs, etc) para ensinar como burlar a legislação ou divulgar ações ilícitas realizadas no passado, que estão sendo realizadas no presente ou serão realizadas no futuro;

u) Pirataria de software (Lei 9.610/98)- Copiar dados em CDs, DVDs ou qualquer base de dados sem prévia autorização do autor;

v) Plágio (Lei 9.610/98)- Cópia de informações veiculadas por terceiros sem a indicação da fonte;

w) Falsificação de cartão de crédito ou débito (Art. 298, §ú, do CP);

x) Falsa identidade virtual (art. 307, do CP)– Perfil *Fake* em redes sociais;

2.1 A investigação dos crimes cibernéticos

Todos os crimes tem em si um grau de complexidade para provar sua materialidade e buscar indícios de autoria, contudo, os delitos praticados no meio virtual, podem ser considerados os de maior complexidade investigativa, pois tais delitos caracterizam-se principalmente pela ausência física do autor, não deixando rastros facilmente identificáveis, como por exemplo em um crime de homicídio simples, imagine que o agente entra na casa da vítima, portanto uma arma de fogo e efetua disparos que a levam à morte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, já se produziram diversas possibilidades de identificação do autor, alguém pode ter o visto entrar na casa, há a possibilidade de ter câmeras do local, e suas digitais poderiam ser identificadas nos objetos em que tocasse, mas agora imagine um delito perpetrado no âmbito virtual, não há testemunhas, não há identificação física ou de DNA do agente, de pronto se percebe a dificuldade maior que este tipo de crime trás principalmente para identificação da autoria, pois para isso, são necessários muitos outros meios investigativos, necessitando na maioria da vezes de quebra de sigilo telemático.

Buscas de dados juntos as empresas fornecedoras de internet, necessidade à acesso de dados sigilosos do usuário, endereços de IP, muitas vezes torna-se imprescindível oficiar empresas, plataformas, aplicativos, redes sociais e outros meios de comunicação e compartilhamento de dados para se chegar a possível autoria delitiva.

O trabalho policial encontra uma barreira enorme, no fato de a maioria das plataformas serem fora do Brasil, e legislação brasileira não atingi-los, tendo em vista que a legislação brasileira muitas vezes não consegue puni-los.

A título exemplificativo, no caso do delito de Estelionato praticado por meio virtual através de um aplicativo de compra e venda de produtos, não raras vezes o agente utilizasse de nome falso, e-mail criado com dados de uma outra pessoa, e outros mecanismos para driblar as investigações, dessa forma, não restam alternativas para a autoridade policial, se não requer a quebra de sigilo telemático, oficiar as empresas provedoras de internet, oficiar a plataforma de compra e venda, e tudo isso por meio de autorização judicial, que é requisitada pela autoridade policial, levada ao judiciário, que por sua vez abre vista para o Ministério Público, que emite parecer, e só após esse tramite, é proferida decisão autorizando tais medidas, todo esse processo leva tempo, mas a autoridade policial corre contra o tempo para buscar indícios de autoria, pois a legislação do Marco civil da internet, preveem um tempo de guarda de dados pelos provedores relativamente curto, se comparado com o tempo necessário para elucidação desses casos.

A autoria é o primeiro problema a ser enfrentado pela polícia investigativa ao que concerne aos crimes virtuais, uma vez que dificilmente uma pessoa que cometeu um ilícito penal utilizou de sua identificação real. É esse um dos motivos que fazem com que o endereço do protocolo de internet seja uma das evidências de maior relevo nas investigações dos crimes cibernéticos. O endereço IP ou Protocolo de Internet - *Internet Protocol* - é a identificação atribuída a um dispositivo de acesso à rede mundial de computadores a cada conexão deste com a internet. É com a descoberta da identificação do número IP que será possível localizar de onde se originou a conexão criminosa no mundo físico e, consequentemente, criando a possibilidade de se identificar a pessoa que se utilizou do instrumento do crime, ou seja, os possíveis autores do ato delitivo. (DORIGON; SOARES, 2018, p. 02).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Uma das maiores problemáticas enfrentadas pela polícia também esta no fato, de a legislação do Marco Civil, trazer penalidades muito brandas para o descumprimento de ordens judiciais que decretam a quebra de sigilo de dados, como se percebe pelo artigo 12, da lei que estabelece:

> Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:
>
> I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
>
> II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;
>
> III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou
>
> IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.
>
> Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o **caput** sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

A investigação dos crimes virtuais é feita através de uma análise técnica, que permite verificar a autoria e materialidade dos crimes praticados por meio de uma rede que interliga os computadores, os principais delitos cibernéticos praticados no Brasil são: a pornografia infantil; as fraudes bancárias; os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação); a apologia e incitação aos crimes contra a vida; e o tráfico de drogas (LIMA; DUARTE, 2020, p. 10).

2.2 Métodos de investigação

Os delitos informáticos, ou também chamados Crimes Cibernéticos, tem em si uma dificuldade investigativa muito maior que os demais delitos, como já dito, e diante de tais dificuldades, alguns métodos investigativos mais apurados precisam ser utilizados, e Braga (2018, p. 01) ressalta que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Quando ocorre um crime informático torna-se necessária uma investigação a fim de subsidiar com provas um futuro processo penal. Os membros de uma equipe de investigação podem utilizar diversos recursos no processo de investigação. Da mesma forma que as pessoas possuem números que as identificam, como o CPF (Cadastro de Pessoa Física), os computadores e periféricos conectados a Internet também são distinguidos de maneira semelhante, através do endereço IP (Internet Protocolou Protocolo de Internet). Esse número de protocolo é único e permite que as máquinas se comuniquem na rede, sendo assim, devido as suas características, o endereço IP é um dos pontos para que o agente do crime seja identificado. Entretanto, as dificuldades iniciam na tentativa de obter este endereço IP, pois apesar de poderem ser descobertos com o provedor de Internet ou com os gerenciadores do site, obter os dados do usuário que estava acessando naquele certo momento é complexo e burocrático. Sem contar as ferramentas que podem mascarar e dissimular o número do IP.

A maior dificuldade encontrada na investigação desse tipo de crime é como já dito, a questão de os meios de provas não estarem no mundo físico, mas sim no ciberespaço, como assegura Adriana Shimabukuro (2017, p. 24):

> Enquanto no local de um crime tradicional se encontram informações essenciais para a investigação, como testemunhas, digitais, vestígios e indícios, o crime cibernético abriga suas principais evidências em inúmeros dispositivos, como computadores, telefones celulares, pen drives, máquinas fotográficas, provedores de Internet, registros de equipamentos de infraestrutura de rede (roteadores, firewalls, web servers, servidores de e-mail, etc.). As provas podem ser as mais diversas possíveis: arquivos digitais, registros de servidores, cookies, o histórico de navegadores, fotos ou vídeos, e-mails e registros de conversas on-line.

Diante de tamanhas peculiaridades, os principais métodos de investigação dos crimes cibernéticos, a depender se sua natura são: A interceptação das comunicações telefônicas, quebra se sigilo telefônico e de dados e quebra do Sigilo Telemático, que podem ser considerados os métodos mais corriqueiros nesse tipo de crimes, mas para a polícia poder utilizar-se desses métodos investigativos é necessária não só autorização judicial, como também, deve comprovar que todos os outros meios de prova restaram ineficazes para elucidação do delito, pois a regra, é a proteção dos dados, como versa a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII:

> Art. 5º.
>
> [...]
>
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O art. 2º da lei n.º 9.296/96, que regulamenta a parte final do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, evidencia a excepcionalidade da medida de interceptação telefônica:

> Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
>
> I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
>
> II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
>
> III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Já quanto A Quebra de Dados Telemáticos de servidores da *internet* está regulada pelo art. 22 e ss. da Lei 12.965/2014 (denominada Marco Civil da Internet), dispondo:

> Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.
>
> Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:
>
> I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;
>
> II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
>
> III - período ao qual se referem os registros.

> Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Em regra para que ocorra a quebra do sigilo de dados, é necessária a individualização de que aparelho, que agente, e outros dados para identificação específica dos dados que serão alcançados pela medida, mas na maioria dos crimes praticados pelo meio virtual, não se tem muitas informações, o máximo que se encontra é o endereço IP, e mais uma vez se demonstra como os crimes cibernéticos tem que ser tratados de maneira diferente que os demais delitos, e pensando nisso STJ, através do Mandado de Segurança, 61.302/RJ, estabeleceu diretrizes mínimas para o deferimento da medida, tais como indícios da ocorrência de um ilícito, justificativa e utilidade da medida e outros.

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS EM DETERMINADA LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA. IMPOSIÇÃO QUE NÃO INDICA PESSOA INDIVIDUALIZADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA. OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO. 1. Os direitos à vida privada e à intimidade fazem parte do núcleo de direitos relacionados às liberdades individuais, sendo, portanto, protegidos em diversos países e em praticamente todos os documentos importantes de tutela dos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal, no art. 5º, X, estabelece que: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". [...] 7. Os arts. 22 e 23 do Marco Civil da Internet, que tratam especificamente do procedimento de que cuidam os autos, não exigem a indicação ou qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial. Assim, para que o magistrado possa requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet, mostra-se satisfatória a indicação dos seguintes elementos previstos na lei: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros. Não é necessário, portanto, que o magistrado fundamente a requisição com indicação da pessoa alvo da investigação, tampouco que justifique a indispensabilidade da medida, ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por

outros meios, o que, aliás, seria até, na espécie – se houvesse tal obrigatoriedade legal – plenamente dedutível da complexidade e da dificuldade de identificação da autoria mediata dos crimes investigados. 8. Logo, a quebra do sigilo de dados armazenados, de forma autônoma ou associada a outros dados pessoais e informações, não obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, até porque o objetivo precípuo dessa medida, na expressiva maioria dos casos, é justamente de proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado. 9. Conforme dispõe o art. 93, IX, da CF, "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação". Na espécie, tanto os indícios da prática do crime, como a justificativa quanto à utilização da medida e o período ao qual se referem os registros foram minimamente explicitados pelo Magistrado de primeiro grau. 10. Quanto à proporcionalidade da quebra de dados informáticos, ela é adequada, na medida em que serve como mais um instrumento que pode auxiliar na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva; é necessária, diante da complexidade do caso e da não evidência de outros meios não gravosos para se alcançarem os legítimos fins investigativos; e, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição a direitos fundamentais que dela redundam – tendo como finalidade a apuração de crimes dolosos contra a vida, de repercussão internacional – não enseja gravame às pessoas eventualmente afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrais publicizados, os quais, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados 11. Logo, a ordem judicial para quebra do sigilo dos registros, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, não se mostra medida desproporcional, porquanto, tendo como norte a apuração de gravíssimos crimes cometidos por agentes públicos contra as vidas de três pessoas – mormente a de quem era alvo da emboscada, pessoa dedicada, em sua atividade parlamentar, à defesa dos direitos de minorias que sofrem com a ação desse segmento podre da estrutura policial fluminense – não impõe risco desmedido à privacidade e à intimidade dos usuários possivelmente atingidos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> pela diligência questionada. 12. Recurso em mandado de segurança não provido. (RMS 61.302/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2020, DJe 04/09/2020)

Contudo há precedente do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.055.941, que excepciona a quebra da proteção de dados, em caso de cometimento de crimes tributários, permitindo nesses casos, o fornecimento de informações sigilosas com órgãos de persecução penal, como a polícia e o Ministério Publico, para fins penais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização Judicial.

> O Tribunal, por maioria, aderindo à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.", vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 04.12.2019. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.055.941, SÃO PAULO, relator: MIN. DIAS TOFFOLI.

2.3 O Marco Civil da Internet e a influência penal

A lei n.º 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, nasceu com o proposito de acabar com a ideia que a internet era "terra sem lei".

Segundo Eduardo Tomasevicius Filho (2016, p.273) o governo brasileiro:

> pressionou o Congresso Nacional para a aprovação de uma lei sobre comportamentos na esfera virtual, denominada "Marco Civil da Internet" ou de "Constituição da Internet", termo equivocado pela própria estrutura internacional da rede, para tentar pôr fim à ideia de que a internet é "terra sem lei". De qualquer forma, essa proposta de disciplina de princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da internet no Brasil foi concebida em 2009 em parceria do Ministério

> da Justiça com a Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas, o que resultou na apresentação de um projeto de lei ao Congresso Nacional, registrado sob o n.2.126/2011, convertido na Lei n.12.965, de 23 de abril de 2014.

O Marco Civil da internet, deu especial atenção para o direito a privacidade, que é entendido sob o ponto de vista do direito civil, como: "o direito de isolar-se do contato com outras pessoas, bem como o direito de impedir que terceiros tenham acesso a informações acerca de sua pessoa" (AMARAL, 2008, p.306).

Dessa forma, apesar de também ter trazido uma preocupação com os ilícitos civis e criminais que estavam ocorrendo no meio informático, conforme se verifica nos artigos, artigos 13 e 15 da lei 12.965/2014.

> Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.
>
> [...]
>
> Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

A legislação buscando garantir tanto a proteção dos dados dos usuários, quanto permitir acesso a esses mesmos dados em caso de ilícitos, acabou pendendo mais para o lado da proteção de dados, deixando principalmente os aspectos criminais das relações na internet descobertos de maior proteção, pois como já dito, esse tempo de guarda de dados pelos provedores, que foi estabelecido pela legislação passa muito longe do tempo necessário na realidade das investigações de cibercrimes, mesmo mas mais rápidas das diligências policiais são necessários meses para elucidação desses tipos de crimes, tendo em vista a demanda é altíssima, pois o Brasil é o 5º país com mais ocorrências de crimes cibernéticos do mundo, segundo o levantamento da consultoria alemã Roland Berger o Brasil apenas no primeiro semestre de 2021, está com um total de 9,1 milhões de casos de crimes cibernéticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, os prazos de 1 (um) ano e de 6 (seis) meses não se mostram razoáveis para conseguir buscar a autoria desse tipo de crime, e acaba que muitos acabam ficando impunes, pois todos as formas de identificação se perdem, após o decurso desse prazo.

3. PROTEÇÃO DE DADOS X IMPUNIDADE

Um dos grandes dilemas enfrentados pelo legislador é entender a melhor forma de proteger a sociedade, de seus próprios males, tanto na esfera civil como a criminal, no âmbito virtual, há de se buscar um equilíbrio entre garantir a privacidade dos usuários, protegendo seu dados, contra a utilização arbitraria, por empresas, pessoas físicas e até mesmo pelo próprio Estado, para que não façam uso irrestrito de suas informações, em contra ponto a busca da garantia da proteção contra a criminalidade virtual, que encontra mais facilidade através da utilização do anonimado, do sigilo e da privacidade.

No contexto legislativo, há maior preocupação com a criação de leis que protejam os dados do usuário, como o próprio Marco Civil da internet, que foge do que a sociedade realmente precisa. Nesse sentido, asseveram Blum e Vainzof (2010, p. 04) que:

> como todos nós queremos uma Internet livre para a prática das condutas lícitas dentro de nosso Estado Democrático de Direito, mas com segurança, identificação e punição para aqueles que utilizam as novas tecnologias para práticas ilícitas, consideramos que o Marco Regulatório Civil, de acordo com o seu texto atual, somente trará um retrocesso em nossa legislação, possibilitando que os infratores, sob o manto do anonimato, vedado em nossa Constituição (Art. 5º, inc. IV), possam navegar com os seus "navios piratas" clandestinamente e sem rastros.

Nesse diapasão, o março civil também deveria obrigar os provedores de conteúdo a guardar os registros de acesso dos usuários aos sites e a aplicativos, pois é apenas facultado aos provedores manter esses registros, e só se torna obrigatório em caso de ordem judicial. E como já explanado, esse tipo de investigação precisa do registro de quem acessou o quê, a que horas, de que forma, para buscar a autoria delitiva, sem isso, impera a impunidade e a ideia de "internet terra sem lei".

Além disso, grande parte das condutas ilícitas praticadas no meio virtual ainda não é tipificada, tendo em vista que o código penal brasileiro, lei n.º 2848 é de 7 de dezembro de 1940, e a internet chegou ao Brasil somente da década de 80, mais de 40 anos após a criação do código, à vista disso, ainda não existem figuras típicas que contemplem a maioria dos delitos cibernéticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Prado Lima (2014, p. 03 apud Polegatti; Kazmierczak, 2012, p. 8) "torna-se necessária a atuação do Estado no sentido de coibir esse tipo de conduta, sendo necessária a criação de tipos penais ainda não previstos na legislação e que envolvam o mundo virtual, uma vez que não é permitido, em Direito Penal, utilizar analogia em relação às tipificações já existentes".

3.1 Leis em vigor e Projetos de lei em tramite

No ano de 2011, um caso de invasão de dispositivo ganhou grande repercussão em todo o país, em que um hacker (criminoso virtual) invadiu o computador pessoal da atriz Carolina Dieckmann, possibilitando que ele tivesse acesso a 36 fotos pessoais de cunho íntimo, exigindo o valores para não publicar tais fotos, que acabaram sendo divulgadas, fato é que a comoção social gerada por aquele crime, acabou resultando na criação da LEI Nº 12.737, de 30 de Novembro de 2012, mais conhecida como lei Carolina Dieckmann, passando a dispor sobre a tipificação criminal de alguns delitos informáticos, tais como: Falsificação de Cartão, invasão de dispositivo informático e outros.

A criação de lei trouxe pequenos avanços no combate a esses tipos de crime, mas teve relevância muito tímida em relação a realidade da criminalidade virtual atualmente. Já no ano de 2014, foi criada lei n.º 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet à muito explanada no presente artigo, que também buscava regular os meios informáticos, mas não teve tanta preocupação com o aspecto criminal.

Existem propostas de lei me tramite para buscar facilitar o trabalho policial investigativo, como o projeto de lei Lei n.º 4.291/20 que regulamenta a custódia de arquivos digitais e disciplina a busca e apreensão de informações armazenadas digitalmente.

Há ainda a tramitação na Câmara dos Deputados do projeto de Lei 154/2019, que altera o Código Penal para agravar a pena aplicada a quem comente crimes cibernéticos.

No mês de abril de 2021 o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 4554/20, do Senado, que amplia as penas por crimes de furto e estelionato praticados com o uso de dispositivos eletrônicos, a nova lei prevê reclusão de 4 a 8 anos, para o crime de furto realizado com o uso desses aparelhos, estejam ou não conectados à internet, seja com violação de senhas, mecanismos de segurança ou com o uso de programas invasores. Se o crime for praticado contra idoso ou vulnerável, a pena aumenta de 1/3 ao dobro, considerando-se o resultado. E se for praticado com o uso de servidor de informática mantido fora do País, a pena aumenta de 1/3 a 2/3, e no caso do crime de estelionato, criou-se a figura qualificada da fraude eletrônica, com pena de reclusão de 4

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a 8 anos e multa. Essa fraude é aquela em que o criminoso obtém informações de senhas ou números de contas enganando a vítima ou outra pessoa induzindo-a a erro.

4. CONCLUSÃO

Dado o exposto, compreende-se que o trabalho policial investigativo, quando se trata de crimes cibernéticos, é com certeza um dos mais árduos, em um país como o Brasil, em que ainda não possui as melhores ferramentas para fomentar resultados mais eficazes no combate a criminalidade virtual, ainda caminha em passos lentos rumo a esse objetivo.

Com o presente artigo se pode demonstrar como as leis até o momento em vigor, como o Marco Civil da internet, não contribui expressivamente para o trabalho policial nesse aspecto investigativo, na verdade, conforme o explanado acabou na verdade por dificultar ainda mais esse trabalho.

A realidade é que não só o Brasil, grande parte das nações, não estavam preparadas para o crescimento tão expressivo no uso dos meios virtuais, e muito menos para a criminalidade exacerbada que iria surgir, o próprio código penal brasileiro é extremamente desatualizado para esse tipo de infrações, acaba que por muitos anos os poderes Judiciário e Legislativo tiveram apenas que se preocupar com as demandas sociais que aconteciam no espaço "real" e não tinham que lidar com as ocorrências virtuais.

O mundo hoje vive em um cenário jamais imaginado por aqueles que idealizaram as legislações que hoje tentamos aplicar nessa nova realidade, em todos os ramos do direto existe uma corrida em busca de atualizações que possam acompanhar o desenfreado desenvolvimento tecnológico, hoje um rede social para alguns um perfil em uma rede social pode ser considerado um bem de valor inestimável, e a grande problemática é como o Estado pode punir as infrações cometidas contra esses novos bens jurídicos, entendendo a relevância de bem tutelado para essa nova realidade, e onde entra o direito penal, a última ratio, para coibir e punir as condutas ilícitas, praticadas no espaço virtual.

O grande objetivo da pesquisa foi demonstrar o reflexo, que a falta de legislação específica disciplinando e contribuindo com o trabalho policial investigativo, impacta diretamente na impunidade dos cibercrimes, e de que forma o marco Civil da internet contribui ou dificulta esse trabalho policial.

A premissa maior é a necessidade da criação de uma legislação específica para apuração de delitos cibernéticos entendendo que tais infrações, tendem a crescer ainda mais com tantos avanços tecnológicos, e que não se pode utilizar as mesmas normais que disciplinam os crimes "comuns" para disciplinar os cibercrimes, pois são extremamente mais complexos.

5. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução.** 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ARENDT, H. A condição humana. 7.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. Acesso em: 22.out.2021.

BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony. *Marco Regulatório Civil permite ação de infratores.* 2010. Conjur Disponível em: https://www.conjur.com.br/2010-jun-18/marco-regulatorio-civil-retrocesso-permite-acao-infrator-anonimo. Acesso em: 24. Out.2021.

BRAGA, Diego Campos Salgado. **Métodos de investigações no âmbito cibernético**. 2018, Jus.com. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71463/metodos-de-investigacoes-no-ambito-cibernetico. Acesso em: 30. Out.2021.

BRASIL. Decreto-lei n.º 9296, de 24 de Julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 01.out.21.

BRASIL. Decreto-Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Brasília, DF, 23 abril. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22. out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Escola de Magistrados Investigação e prova nos crimes cibernéticos. São Paulo: EMAG, 2017. 352p. (Cadernos de estudos: 1) ISBN no 978-85-98004-04-4, Título I.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01.out.21.

DORIGON, Alessandro; SOARES, Renan Vinicius de Oliveira. **Crimes cibernéticos:** dificuldades investigativas na obtenção de indícios da autoria e prova da materialidade. Jus.com. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/63549/crimes-ciberneticos-dificuldades-investigativas-na-obtencao-de-indicios-da-autoria-e-prova-da-materialidade/2. Acesso em: 22. out. 2021;

DULLIUS, Aladio Anastácio. **Dos crimes praticados em ambientes virtuais.** 2012. Conteúdo Jurídico. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/30441/dos-crimes-praticados-em-ambientes-virtuais. Acesso em: 22 out.2021.

FILHO, Eduardo Tomasevicius**. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo.** Disponível em: https://www.scielo.br/j/ea/a/n87YsBGnphdHHBSMpCK7zSN/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 30.Out.2021;

GIMENES, Emanuel Alberto Sperandio Garcia. **Crimes Virtuais.** Revista Doutrina, 2013. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Emanuel_Gimenes.html. Acesso em: 24. out.2021;

LIMA, Adriano; DUARTE, Adrienne. **Crimes Virtuais:** Conceito e formas de investigação. Boletim Jurídico, 2020. Disponível em: < https://www.google.com.br/amp/s/www.boletimjuridico.com.br/artigos/direitopenal/10382/crimes-virtuais-conceito-formas-investigacao/amp>. Acesso em:22. out.2021;

LIMA, Simão Prado. **Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade**. Âmbito Jurídico, 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-analise-da-eficacia-da-legislacao-brasileira-e-o-desafio-do-direito-penal-na-atualidade/. Acesso em: 24.out.2021;

SCHAUN, Guilherme. **Uma lista com 24 crimes virtuais: Que tal uma lista (de A a X), não exaustiva, de crimes que podem ser cometidos por meio da internet?.** Jusbrasil, 2018. Disponível em: https://guilhermebsschaun.jusbrasil.com.br/artigos/686948017/uma-lista-com-24-crimes-virtuais. Acesso em: 30.Out. 2021;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA O MELHOR EXERCÍCIO DA CONVIVÊNCIA NA GUARDA COMPARTILHADA

RAYANE ARAÚJO DOS SANTOS ROCHA:
Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo-Palmas/TO

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho tem como foco uma análise da evolução do pater família para poder familiar, da guarda no ordenamento jurídico e por último sendo este o objetivo do trabalho, apresentar a mediação como instrumento viável a dirimir os conflitos durante o exercício da guarda compartilhada de modo a captar os benefícios desta de forma eficiente, instrumento este importante a ser utilizado antes de acionar a máquina judicial. A pesquisa se deu mediante uma revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa e objetivos exploratório-descritivo. O resultado desse trabalho demonstram a importância de se utilizar primeiramente outros meios de dissolução de conflitos, pelo qual as partes possam decidir sobre o resultado, sem a interposição de um julgamento, pois muitas vezes as pessoas só precisam ouvir e ser ouvidas para se entender, é de extrema importância que os genitores tenham uma boa relação na divisão da guarda e tarefas, pensando nisso a mediação apresenta meios que possam facilitar o diálogo e consequentemente a relação familiar. Nesse cenário a mediação se apresenta um instrumento adequado para auxiliar na convivência durante o exercício da guarda compartilhada.

Palavras-chave: guarda compartilhada; poder familiar; mediação familiar.

ABSTRACT: The present work focuses on an analysis of the evolution of the pater family to family power, custody in the legal system and, finally, this being the objective of the work, to present mediation as a viable instrument to settle conflicts during the exercise of shared custody in a way to capture the benefits of this efficiently, an important instrument to be used before triggering the judicial machine. The research took place through a literature review, with a qualitative approach and exploratory-descriptive objectives. The results of this work demonstrate the importance of firstly using other means of conflict resolution, through which the parties can decide on the result, without the interposition of a judgment, as people often only need to hear and be heard to understand, It is extremely important that the parents have a good relationship in the division of custody and tasks, considering this, mediation presents means that can facilitate dialogue and, consequently, the family relationship. In this scenario, mediation is an adequate instrument to help in living together during the exercise of shared custody.

Keywords: shared custody; family power; family mediation.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA – 3. A COPARENTALIDADE NO CONTEXTO DA GUARDA COMPARTILHADA – 4. MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA EFICAZ PARA ESTABELECER UMA GUARDA COMPARTILHADA HARMONIOSA **–** 5. CONCLUSÃO – 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A família até pouco tempo, era ligada pelo matrimônio em carácter permanente, sobre a autoridade da figura masculina que comandava e protegia a família de forma hierarquizada. Atualmente, após a ruptura desse paradigma, o afeto supera o formalismo, exercendo de forma democrática e tendo como prioridade o melhor interesse da criança.

O direito de família brasileiro ao longo do tempo passou por diversas mudanças, de modo a se adequar a realidade. Uma delas foi a previsão da guarda compartilhada, pois até então existia somente a guarda unilateral, prestigiando só um dos genitores a estabelecer uma convivência fática com a criança. No entanto, em 2008, os artigos 1.583 e 1.584 do Código civil foram alterados pela lei 11.698 onde estabeleceu a opção da guarda compartilhada, possibilitando que ambos os genitores exercessem igualmente os direitos e deveres sobre o menor.

Logo após a lei entrar em vigência, surge uma instabilidade quanto a aplicação da guarda compartilhada, sendo esta comparada a uma guarda alternada, onde representaria a divisão de tempo que a criança ficaria com cada genitor, mesmo a legislação não prevendo o instituto da guarda alternada, pois esta entende ser prejudicial a composição do núcleo familiar. Consequentemente, houve mais uma alteração no Código Civil instituído pela lei 13.058/14, agora prevendo que estando o pai e a mãe aptos a exercer a guarda e estes estando ou não de acordo quanto a guarda, terá prioridade a aplicação da guarda compartilhada, pois esta prever mesmo havendo litígios entre os genitores, mais benefícios na formação e manutenção do vínculo familiar para o menor.

Na constância do casamento é comum ter divergência com relação a melhor maneira de se educar os filhos. É ainda mais desafiador após a separação conjugal, onde todos estão com os ânimos fragilizados. Diante disso, é importante que o ex-casal esteja disposto a buscar meios que os auxiliem a manter sua função parental ativa.

O problema a ser esclarecido é qual a contribuição da mediação familiar para estabelecer uma guarda compartilhada efetiva? Analisando a mediação como instrumento viável para estabilizar a relação familiar durante o exercício da guarda compartilhada, de modo, a possibilitar uma melhor efetividade da guarda e extrair todos os benefícios que esta pode proporcionar para a formação da criança e do adolescente.

A metodologia aplicada no presente trabalho foi por meio de uma abordagem qualitativa, sendo analisadas informações bibliográficas advindas de livros, artigos, dissertações, legislações e jurisprudências.

No primeiro capítulo será abordado a evolução histórica de família, destacando a ideia de pater família, que se tinha o homem como provedor do lar, retendo para si todo comando de forma hierarquizada da família, já a mulher era dona do lar, cuidava da casa e dos filhos, se submetendo obediência ao marido. Durante a evolução sai do pater família e se adere o Poder Familiar com ênfase na igualdade dos direitos e deveres dos genitores quanto ao cuidado, proteção e criação da prole.

No segundo capítulo, destaca os tipos de guarda existente e quais são adotadas pelo regulamento brasileiro e principalmente destaca que a guarda compartilhada é a melhor opção a ser aderida estando ou não os pais em harmonia, pois esta é a que mais prevê benefícios na manutenção do poder familiar.

No terceiro capítulo será estudado as características da mediação e como ela pode contribuir na harmonia dos genitores durante o exercício da guarda compartilhada, destacando suas técnicas de direcionar para um efetivo diálogo e possibilitando que as partes decidam pela melhor estratégia de convivência familiar.

A sociedade brasileira, principalmente as questões de família, busca primeiro a judicialização, deixando que um terceiro imparcial decida sobre suas causas. Por muitas vezes não obter o que procura, de modo que outras demandas venham a ser judicializadas pelo menos motivo. Outra consequência é o distanciamento dos litigantes que faz com que a guarda não seja exercida com efetividade, prejudicando assim o melhor envolvido.

É dever da família, da sociedade e do Estado, garantir que a criança é adolescente exerçam seu direito de convivência familiar. Assim, a mediação se faz um instrumento útil para auxiliar na comunicação dos pais, possibilitando que este entre em concordância quanto a um caminho saudável e eficiente para o plano de convivência paterno-filial, com participação ativa de ambos na vida da criança. Por fim, a metodologia implantada na execução deste trabalho se deu por meio de pesquisa bibliográfica.

2. REGULAMENTAÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL

No modelo romano de família prevalecia o princípio da autoridade do *pater família*, como senhor absoluto do lar, todos lhe devia obediência, fosse a esposa, filho, e todos aqueles que de algum modo mantinha uma relação com o chefe da família.

Além de senhor absoluto do lar, segundo Pontes de Miranda (1947), o *pater família* tinha prerrogativas de castigar, matar, abandonar e entregar os filhos, sendo o último utilizado para suprir eventuais dívidas de família. Com a chegada do cristianismo, foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

abolida estas condutas até então praticadas pelo patriarca, no entanto, continuou exercendo uma figura dominante e de grande poder sobre a família. Ainda, sobre a influência do cristianismo, a Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu art 227, impôs uma conduta de ordem pública, de igualdade entre os pais, atribuindo também responsabilidade à sociedade e ao Estado, na formação e criação das crianças, adolescentes e aos jovens.

O pátrio poder tornou-se um conjunto de direitos atribuídos para ambos os pais, no intuito de auxiliá-los na missão de guardar, educar e defender a prole. Tendo como foco institucional o princípio do melhor interesse da criança e a paridade entre os pais. Mas a realidade era diferente, a figura masculina continuava a exercer a autoridade e a mulher o auxiliava subsidiariamente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ECA, trouxe disposições sobre o pátrio poder, consolidando a igualdade entre o homem e a mulher como figuras paternas. Assim enuncia em seu artigo 21 da lei 8.069/90:

> "poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência."

A expressão pátrio poder ainda passava a noção de poder do pai, indo no sentido contrário à legislação vigente. A doutrina, a fim de resguardar o novo conceito de família prevista no novo Código Civil de 2002, que é a proteção dos filhos menores e a igual responsabilidade dos pais, evolui a expressão de *pátrio poder* para *poder familiar.*

O Poder Familiar na legislação moderna, é um conjunto de direitos e deveres para com os filhos, sendo exercido igualmente por ambos os pais segundo o art 226,§ 5° da constituição Federal de 1988. A origem do poder familiar está na razão de os filhos nascerem indefesos e precisando de proteção, cuidados, alimentação e educação até a sua maioridade e condição de autocuidar, o papel da família durante essa formação é indispensável. Estão submetidos ao poder familiar os filhos naturais havidos ou não do casamento, além dos adotivos (CC, arts 5° e 1. 630) e os socioafetivos (CC, art 1.596).

Para Denise Comel Damo, é importante diferenciar a expressão pátrio poder para poder família uma vez que não pode se confundir, porque:

> "(...) Os princípios e valores que o inspiram são assegurados diversos dos que devam o conhecimento do extinto pátrio poder. Veja-se que a proposta do código civil de 2002 não se limita, apenas a imputá-lo tanto ao pai quanto a mãe, em igualdade de condições, pois com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> implosão social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.(...)" (COMEL, 2003, p.55)

Houve críticas com a mudança da terminologia por alguns doutrinadores, Carlos Roberto Gonçalves (2003), sugere uma nova terminologia, afirma ele, ser mais adequada a expressão autoridade parental, por ter sentido mais aprazível do que poder. As críticas de modo geral fazem sentido visto que a terminologia moderna poder não é ter direitos sobre a pessoa do filho e sim, um poder a ser exercido a medida do interesse da criança.

A Constituição Federal de 88 no seu art 229, prescreve deveres inerentes a ambos os pais sendo eles de assistir, criar e educar os filhos menores, reafirmado no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, quando estabelece que é dever dos pais o sustento, a guarda e educação dos filhos.

O Código Civil de 2002 no seu art 1634, diz que compete aos pais:

> I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Acima de tudo, compete aos pais o dever de zelar pela integridade psíquica e moral dos filhos, com absoluta prioridade em mantê-los sob sua guarda, protegendo e conduzindo para um melhor desenvolvimento social e de independência.

Algumas decisões competem aos pais para com os filhos menores, como autorizar ou não o casamento dos filhos, além de representá-los judicialmente ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

extrajudicialmente, ou seja, os genitores decidem pelos filhos menores, sempre prezando pelo melhor interesse do infante.

Cabe aos pais exigir dos filhos, respeito e obediência, assim como, submeter-lhos a tarefas, conforme a idade, como forma de disciplinar e moldar seu caráter, sempre pensando no desenvolvimento intelectual e educacional, bem como em transmitir princípios que são consolidados pela nossa sociedade.

Além de prerrogativas de ensinar, proteger, educar. Cabe aos genitores, enquanto detentores do poder familiar, ser o guardião tanto dos filhos quanto de seus interesses, assim dispõe o art. 1.689, II, do Código Civil; que compete a ambos os pais a administração e o usufruto dos bens dos filhos menores. Excluindo esse direito os bens adquiridos por maiores de 16(dezesseis) anos, assim como, os no exercício de atividades profissionais e ainda, bens deixados ou doados aos menores sobre a prerrogativa de não serem administrados ou usufruídos pelos pais, conforme art 1.693, II,III CC.

O artigo 1.696 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade recíproca dos pais quanto à prestação de alimentos, na falta destes, recaindo a obrigação sobre os próximos graus de sucessões.

Quanto a extinção do poder familiar, o art 1.635, Código Civil, dispõem sobre as causas de extinção, extingue-se com a morte dos pais ou dos filhos (inciso I), se os pais morrem o poder familiar passa para os sucessores vivos, já no caso de morte do filho, o encargo desaparece. A emancipação (incisos II,) também são causa extintivas do poder familiar, sendo a emancipação de total consentimento de ambos os pais e na falta de um deles, o sobrevivente; a emancipação um ato irrevogável. O casamento também é uma causa de emancipação, bem como, o exercício de emprego público e a colação de graus de em instituição de ensino superior. Os incisos IV e V do art 1.635, CC, dispõe sobre mais duas causas de extinção do poder familiar, sendo elas pela adoção, e também por decisão judicial.

Com a chegada da maioridade, 18(dezoito) anos completos cessa o exercício do poder familiar, conforme art. 5°, único, Código Civil de 2002, passando o jovem então a decidir e responder por suas próprias decisões.

Os genitores podem perder temporariamente (CC.art 1.637) o exercício do poder familiar, caso falte com os deveres atribuídos a eles ou prejudique os bens a eles confiados de administrar, cessando a suspensão após cumprir com as obrigações determinadas ou conforme entender o juiz.

Dispõem o art 1.638 do Código Civil sobre a perda do poder familiar por ato judicial:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V – entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Por muito tempo, ninguém contestava o castigo moderado usado como forma de educar o filho. Porém, atualmente a psicologia infantil é totalmente contra essa prática, a lei proíbe expressamente o castigo imoderado (inciso I), no entanto, o legislador não impôs sanções para castigos moderados, tão somente para correções mais rigorosas e até criminosas. Sobretudo, a Constituição Federal de 1988 (art. 227) atribui que é dever da família, do Estado e da sociedade manter seguro a criança, o adolescente e o jovem de toda forma de violência, crueldade e opressão. Desde modo, é visto como ilícito tanto o castigo moderado quanto imoderado, devendo ser priorizado o diálogo (art. 2°, VIII da lei 12.852/13).

Os pais podem ser privados do poder familiar por abandonar o filho (inciso II), seja abandono material, emocional e psicológico. Ainda, é direito dos filhos ter o convívio familiar e comunitário, além da perda do poder familiar os pais podem responder penalmente conforme os arts. (CP, art. 244) por abandono material; (CP. art. 133) abandono de incapaz; (CP, art. 246) abandono intelectual.

É obrigação dos pais promover um lar estável e harmônico à prole, cultivando sempre bons hábitos para que os filhos construam uma postura justa e honrada perante a sociedade. É inaceitável práticas como alcoolismo, violência física ou sexual e uso de entorpecentes, pois nada dessas ações contribui para a formação moral, intelectual e profissional do infante(III).

O inciso IV, retrata ainda, sobre as condutas reiteradas do art 1.637, que podem reincidir na perda do poder familiar, condutas essas que serão estudadas no âmbito judicial criteriosamente, pois a extinção do poder familiar é algo extremo, devendo ter ponderação ao tomá-la, sempre pensando no melhor interesse da criança e do adolescente.

Portanto, cabe aos pais zelar pela integridade física, psicológica e moral dos filhos menores, protegendo-os e seus interesses. O exercício dessas obrigações não se limita somente durante o exercício da união conjugal, mas também após a separação, sendo necessário cada um dos genitores arcar com suas tarefas para com o filho, para juntos proporcionar o melhor desenvolvimento mediante o amparo familiar.

3. A COPARENTALIDADE NO CONTEXTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Podemos observar que, quando falamos em obrigações para com os filhos há uma cultura atrelada à figura feminina restringindo-a ao ambiente doméstico e aos cuidados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dos filhos, enquanto a figura masculina fica responsável pela manutenção e sustento do lar. Isto, enraizada na sociedade uma cultura que vai ao contrário a legislação vigente, fazendo com que cada vez mais o judiciário seja acionado para resolução de litígios familiares.

Retrata uma era pré-histórica, sendo o homem o provedor da família enquanto a mulher cuida do lar e da prole. Por muitas vezes, frente às rupturas conjugais vemos essa distinção social, na qual a mulher fica com toda responsabilidade sobre os filhos, de cuidar, sustentar e proteger sozinha, devido ao uma cultura ultrapassada e machista, contrapondo a dispositivos legais que assegura a igualdade entre os pais na criação dos filhos (art. 1.634, CC).

A legislação vigente também impõe determinar a igual responsabilidade dos genitores, do Estado e da sociedade no amparo das crianças e adolescentes (CF/88 art. 227), afirma Wagner (2002) que é crescente o número de pais/homens que têm se mostrado disponíveis e desejosos de ficarem com a responsabilidade de criação de seus filhos, esforçando-se para construir uma paternidade com maior envolvimento.

Dessa forma, aquela tradicional caracterização do genitor como uma pessoa distante de seus filhos, responsável apenas pelo sustento econômico da família, e desempenhando um papel reduzido e indireto sobre o desenvolvimento infantil é vem sendo cada vez menos aceita em nossa sociedade atualmente (SILVA, PICCINI, 2004).

É satisfatório falarmos que a figura masculina está cada vez mais interessada em participar no desenvolvimento dos filhos, visto que isso contribui no desenvolvimento do infante. Após rupturas conjugais há muitos desafios quando o assunto é guarda, pois na maioria das separações os ex-casais não conseguem se entender e acaba por dificultar na divisão de tarefas para com o filho, caso este que fica para o judiciário resolver.

No Brasil, a guarda é aplicada em dois regimes jurídicos diferentes o Código Civil de 2002 e a Lei 8.090/90 o Estatuto da Criança e o Adolescente(ECA), o Código Civil é voltado para o amparar quando há o poder familiar, já o ECA abrange mais, ou seja, quando a terceiros requerendo ou exercendo a guarda fática. ambos tem como objetivo de preservar "o melhor interesse da criança".

> 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, circunstâncias que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e cuidar.(RIBEIRO, 2012, p.88)

Durante a constância do casamento, os pais exercem a guarda em conjunto, chamada "guarda comum", ou seja, uma guarda natural. No entanto, com a separação conjugal é preciso definir as diretrizes em relação aos filhos, é importante que os pais tomem essa decisão sozinho, mas, quando há divergência de opinião, é preciso que o judiciário interfira e decida o melhor modelo de guarda para a criança.

O Código Civil de 2002, dispõe no seu art 1.583, os tipos de guarda regulamentados na nossa legislação, sendo a guarda unilateral e a guarda compartilhada. A guarda unilateral, também chamada de guarda única, é exercida exclusivamente por somente um dos genitores, ela pode decorrer de decisões conjuntas dos pais ou por decisão judicial, quando um dos pais perde ou tem suspenso o exercício do poder familiar.

O §5° do artigo 1.583 do CC, tem a seguinte redação:

> (...)§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Fernanda Levy (2008) sustenta que o genitor que exercer o modelo de guarda unilateral, tem a maior parte do poder familiar (guarda, criação, educação) restando ao outro guardião o poder-dever de fiscalizar e visitar a prole.

Quanto a guarda unilateral, Maria Helena Diniz entende que:

> (...) a guarda é um conjunto de relações jurídicas existentes entre o genitor e o filho menor, decorrentes do fato de estar sob seu poder e companhia, assumindo a responsabilidade de sua criação, educação e vigilância, cabendo-lhe decidir sobre a educação do menor e sua formação religiosa, competindo ao outro genitor, que não a possui, o direito de visita e o de fiscalizar a criação do filho, não tendo poder decisório. Denomina-se guardião contínuo o que detém a guarda, o genitor guardião, o que possui a titularidade do exercício do poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> familiar, enquanto o outro genitor que não possui a guarda é o guardião descontínuo, sendo titular do direito de visita. (DINIZ, 2007, p. 285)

Importante mencionar ainda que, a guarda unilateral deve ser exercida por quem tem as melhores condições de exercê-la, não podendo ser observado somente o critério financeiro, mas também o vínculo afetivo e psicológico para assim definir o genitor mais apto.

Outro tipo de guarda existente é a guarda alternada, mesmo não sendo regulamentada por nossa legislação, é bastante usada, por muitas vezes as pessoas confundem com a guarda compartilhada. Nesse modelo de guarda pressupõe que cada pai exercerá, alternadamente por períodos iguais a guarda dos filhos, podendo ser definidos por dia, semana, mês ou anos conforme acordado entre os pais.

No entanto, alguns doutrinadores até mesmo juristas se manifestam ao contrário a esse modelo de guarda, pois acreditam que a alternância pode causar instabilidade, prejudicando na formação cultural, alimentar e social da criança em desenvolvimento. Quintas (2009) sustenta que a guarda alternada afeta o princípio da continuidade das relações parentais e que isso deve ser respeitado quando se deseja o bem-estar da criança.

Na guarda alternada, não há consenso entre os pais na tomada de decisão sobre os filhos, podendo assim, gerar mais conflitos na relação familiar. Por tanto a guarda alternada não é recomendada, pois é necessário observar a logística, ou seja, o distanciamento entre as casas, condições das residências entre muitas outras caraterísticas, prezando sempre pelo melhor interesse da criança.

Passando agora a falar da guarda compartilhada, eis que surgiu com o propósito de minimizar os efeitos desastrosos que uma separação conjugal pode causar aos filhos, propondo a manutenção responsável dos direitos inerentes ao poder familiar.

A guarda compartilhada está prevista no art. 1.583, §2°:

> (...) 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.

O objetivo da guarda compartilhada é manter uma relação harmoniosa dos pais para com os filhos, mesmo após a ruptura conjugal, em conjunto os pais devem manter um vínculo familiar no intuito de proporcionar um melhor desenvolvimento psicoemocional e manter uma relação afetiva com o infante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A guarda compartilhada é a atribuição da guarda jurídica da prole a ambos os pais, para que exerçam igualitariamente os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, tentando manter uma relação afetiva de pais, em benefício da criança. Cabe, em igualdade, o pai e mãe, relativamente às responsabilidades na educação e formação dos filhos e ao direito de convívio com as crianças. A guarda compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e, frequentemente, têm uma paridade maior no cuidado dos filhos do que os pais com guarda única (Couto, 2005).

A guarda compartilhada é uma inovação da legislação, com o intuito de se equiparar a guarda(comum) exercida por ambos os pais em conjunto, estabelecendo o alicerce que a criança precisa para crescer completa, recebendo os valores morais e éticos dos genitores.

Leciona Angela Maria Soldá:

> São evidentes as vantagens oriundas da guarda conjunta, já que prioriza o melhor interesse dos filhos, o poder familiar e a diferenciação das funções dos guardiões, não ficando um dos pais como mero coadjuvante na criação do filho, ao contribuir apenas com os alimentos e tendo como "recompensa" o direito à visitação.(SOLDÁ, 2012, p.76).

No âmbito do direito de Família, a guarda de um filho envolve os sentimentos de todos os atores que participam neste processo, e surge como um direito-dever natural e originário dos pais na convivência com seus filhos. Assim, o exercício de todas as funções parentais é um pressuposto da paternidade e da maternidade e se encontra elencado no código Civil que versa a família (GRISARD FILHO, 2014).

Cumpre dizer que esta harmonia vai depender do quanto os pais estão dispostos a contribuir juntos no desenvolvimento do filho. Pois nos casos de disputas entre os genitores no exercício da guarda, os filhos podem vir a ser prejudicados, com distorções de valores advindo de cada um dos pais. A insuficiência das atribuições do poder familiar pode prejudicar o filho, pois este, precisa dos genitores para direcionar suas escolhas e se, seus genitores estiverem em desentendimento o prejudicaria severamente. Portanto, o menor deve ser preservado de desentendimento do ex-casal (ROSA, 2015).

Portanto, entende-se que a guarda compartilhada é o melhor instrumento utilizado quando o beneficiário é a criança é o adolescente, pois prevê benefícios que derivam de uma relação familiar. Mesmo que os pais estejam em conflitos e instáveis, ainda assim, a guarda compartilhada é a melhor opção a ser indicada. Com esse intuito foi publicada a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

recomendação N° 25, em 22 de Agosto de 2016, pela Corregedoria Nacional de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, que no uso de suas atribuições legais e constitucionais, resolvi:

> ART 1°. Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcios, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não haver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o §2° do ART 1.584 do Código Civil. § 1° Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto. Levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2° do ART 1.584 do Código Civil (ANDRIGHI, 2016).

Assim, mesmo diante de conflitos entre os genitores, entende-se ser esta a melhor opção indicada que mais contribui na formação e capacitação da criança em desenvolvimento. Sobretudo, é importante que os ex-casais quando se verem diante de conflitos, procure sempre o diálogo para resolver suas avenças, o judiciário dispõem de meios que possa contribuir para uma boa conversa, estamos falando do instituto da mediação/conciliação que auxilia na resolução de conflitos no âmbito familiar, sempre prezando pela resolução amigável, bem como, o bem-estar e o melhor interesse da criança envolvida, principalmente quando o assunto é guarda e suas atribuições.

Segundo Conrado Paulino da Rosa:

> O que se busca na contemporaneidade, devendo ser fundamento da prática mediativa, é o deslocamento do trabalho multidisciplinar para um trabalho que se quer interdisciplinar, reconhecendo, nas diversas áreas do conhecimento, seus espaços de entremeio, nos quais se confluem noções e teorias afins e de utilização comum. Enquanto no primeiro os profissionais atuam de forma isolada, no último o trabalho é realizado de forma conjunta, com as ciências trabalhando lado a lado. (CONRADO,2017, p.154)

Nesse sentido, os meios alternativos de dissolução são de grande importância, pois o intuito é de evitar traumas que uma corrida judicial poderá acarretar, e por outro lado possibilita às partes novas percepções mais benéficas, de modo a satisfazer os interesses dos indivíduos ali envolvidos. Sobre essa temática será discorrido mais no próximo tópico.

4. MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA EFICAZ PARA ESTABELECER UMA GUARDA COMPARTILHADA HARMONIOSA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com o avanço de novos métodos compatíveis com um sistema multiportas de acesso à justiça, vem-se desenvolvendo, no Brasil, a gestão sistêmica de conflitos, com diversos métodos autocompositivos e heterocompositivos, sem renunciar à possibilidade de judicialização, usada pelo judiciário e escritórios de advocacias como prévia análise criteriosa sobre os reais interesse que levam as partes ao litígio.

Sobre essa temática destaca-se no enunciado 55, aprovado na I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios", realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> (...)O Poder Judiciário e a sociedade civil deverão fomentar a adoção da advocacia colaborativa como prática pública de resolução de conflitos na área do direito de família, de modo a que os advogados das partes busquem sempre a atuação conjunta voltada para encontrar um ajuste viável, criativo e que beneficie a todos os envolvidos.

Os métodos de dissolução consensual de contenda deverão ser estimulados por todos os causídicos, juízes e membros do ministério Público, "inclusive no curso do processo judicial" (art. 3º, § 3º da Lei 13.105/15) de modo a desmotivar a litigiosidade desenfreada.

Tal disposição está prevista também na Resolução 125/2010 do CNJ nos artigos:

> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O método autocompositivo a ser destacado nesse trabalho é a Mediação, regulamentada pela Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, sendo aplicado no âmbito do Direito de Família, como forma viável de facilitar o diálogo e a cooperação dos pais diante do exercício da guarda compartilhada, com o objetivo de se unir em prol de um único interesse, o bem-estar dos filhos. No Brasil, a legislação prevê como princípios orientadores da mediação: a confidencialidade; a imparcialidade; a autonomia da vontade; a oralidade; a informalidade; a competência; a busca do consenso e boa-fé, previstos no art. 2° da Lei 13.140/15.

A Mediação é um meio consensual em que um terceiro (mediador) atua para facilitar a comunicação de outras pessoas envolvidas em algum litígio extrajudicial, sua intervenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tem efeitos de mediar, interceder e intermediar, além de resguardar o sigilo profissional e respeitando a legislação vigente. Assim, os meandros ao entender o sentido da discussão sugerem saídas proveitosas para o impasse ali em questão.

Entende Tartuce sobre a função do mediador:

> Em realidade, o mediador deve representar um novo profissional. Não pode agir estritamente como advogado, porque a hipótese não é de mera subsunção dos fatos às normas e também porque não pode ser parcial em sua atuação. Não pode agir como psicólogo porque a escuta não tem finalidade propriamente terapêutica, e, sim, didática. Não pode agir simplesmente como um médico que ouve e delimita um diagnóstico porque são as partes que definirão os contornos da controvérsia e as saídas para o impasse. Assim, o mediador fica em uma posição incômoda por não se encaixar no modelo de nenhuma das profissões existentes (TARTUCE, 2008, p 233).

Importante conceituar que a mediação é um ato voluntário das partes que busca um terceiro imparcial, de modo a ajudá-los a chegar num consenso sem a imposição de decisão por parte do mediador, somente auxiliando os a construir um entendimento para a partir daí chegar num consenso que seja satisfatório para ambas as partes. Importante dizer ainda, que a mediação diante do conflito não faz uma análise psicológica, mas um reconhecimento possibilitando que as partes consigam enxergar um novo rumo para a resolução da contenda.

Destaca sobre a Mediação, Vilela:

> (...) é um procedimento estruturado de gestão de conflitos pelo qual a intervenção confidencial e imparcial de um profissional qualificado, o mediador, visa restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes. Seu papel é o de levá-las a elaborar, por elas próprias, acordos duráveis que levem em conta as necessidades de cada um e em particular das crianças em um espírito de co-responsabilidade parental. Para a autora, o objetivo da mediação é a responsabilização dos protagonistas, para que sejam capazes, por si mesmos, de formular acordos duráveis. Por isso, a Mediação não pode/deve ser vista como uma forma de meramente "desafogar" o judiciário" (VILELA, 2007, p.23).

A mediação é um meio apto à modificação dos conflitos, já que, ao devolver às pessoas envolvidas em uma contenda familiar seu poder de decisão, aumenta a autonomia destas; ainda, por permitir que estabeleçam suas próprias normas na construção de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

compreensão, válida a liberdade de exercício da vontade nas relações cíveis. Além disso, permite o livre desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes envolvidos possa ser administrado de forma mais efetiva pelos seus pais por meio de uma convivência familiar que favoreça a participação de todos os membros do grupo familiar mediante comunicação e diálogo.

Os conflitos familiares têm suas especificidades, e diante de suas características, exige-se um método especial para dirimir seus efeitos, pois geralmente quem é mais prejudicado diante dessa situação é a prole. O fim de uma relação conjugal pode acarretar uma desordem no núcleo familiar, causando interpretações diferentes na visão do ex-causal, o que leva a desentendimento quando há decisões importante a ser tomada, como a guarda e a divisão de tarefas atribuída a cada genitor, sujeitando o menor ao um dilema. Conforme mencionado no capítulo II, a guarda compartilhada é entendida como melhor instrumento a ser utilizado para preservar o núcleo familiar diante de uma separação conjugal, estando ou não os pais em harmonia, pois prevê benefícios inerentes à criança.

É importante entender que durante o compartilhamento de uma guarda é imprescindível que os genitores tenham uma boa relação, para assim conseguir contribuir de forma eficaz na formação do menor. A guarda compartilhada exige que o infante tenha uma residência fixa, não sendo recomendado a alternância de casa, nem uma simples divisão de tempo que a criança fica com cada genitor, mas como é utilizado esse tempo com a criança. A mediação facilita uma comunicação essencial para que a guarda compartilhada seja exercida de forma correta. E que durante o tempo que a criança passar com cada genitor seja especial, mantenha um laço afetivo amparado com o aconchego de uma família unida, pois é o fator que precisa para ter um desenvolvimento equilibrado.

O direito de convivência com cada genitor é da criança, é muito importante que os pais entendam que seus interesses são insignificantes diante dos interesses dos filhos. Portanto, quando os pais têm dificuldade de se comunicar, dificuldade em uma convivência amigável, pacífica, a mediação é um meio disponível para os pais que não se entendem, pois possibilita que os indivíduos construam uma solução para o conflito, por meio do diálogo.

A pesquisa "*Making contact. How parents and children negotiate and experience contact after divorce*", coordenado por Liz Trinder, aponta que a mediação ao se deparar com algum litígio familiar, trabalha com alguns elementos facilitadores de contato:

> – desagregação das suas necessidades com a dos filhos;
>
> – reconhecimento das necessidades do outro genitor e do relacionamento entre ele e os filhos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

– entender a perspectiva do outro;

– sensibilidade com o sentimento do outro;

– concordância dos encargos e restrições do outro genitor;

– comprometimento na facilitação do contato;

– aceitação das diferenças no estilo de parentalidade;

– abordagem não acusatória do conflito;

– habilidade de conversar sobre questões, renegociar arranjos e limites.(TRINDER, 2002, p.38 por 39)

Estes elementos vão servir para nortear um diálogo facilitador. No entanto, podemos observar não ser uma tarefa fácil, os genitores devem estar abertos a uma boa conversa, respeitando a vontade do outro, e acima de tudo respeitando e aceitando a vontade do menor, sempre prezando pelo bem-estar da criança.

O autor Carlos Eduardo de Vasconcelos, apresenta sete técnicas que auxiliam os mediadores de conflitos durante uma audiência a constituir uma mudança apropriada respeitando a tolerância, e contribuindo para a paz social. São elas:

Atitude de acolhimento

Escuta ativa

Perguntas sem julgamentos

Reciprocidade escutar-falar

Prioridade a questão relacionada

Validação de sentimento e empatia

Reformulação de mensagem agressivas (VASCONCELOS, 2020, p.167-190)

Importante que durante uma audiência de mediação os mediadores estejam atentos a essas técnicas que podem auxiliar o diálogo, direcionando-os a chegar num acordo que seja do interesse de ambas as partes. A mediação tem métodos mais adequados do que o judiciário, pois se utiliza de técnica em que as próprias partes se sintam acolhidas e respeitadas diante de seu ponto de vista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A atitude de acolhimento é uma base para um bom diálogo, pois possibilita que os mediandos falem, e sejam ouvidos, pois isso contribui para uma compreensão do real sentido das partes não se entenderem, o mediador deve observar não só o que ouve mais as expressões corporais e aguardar com paciência a narrativa de cada mediando, sem interrupções, e ao se dirigir-se as partes que seja de forma específica, solicitando-os explicações, esclarecimentos e nunca fazendo-lhes perguntas carregadas de julgamentos, o ato de perguntar ajuda a identificar as posições, questões até sentimentos (Vasconcelos, 2020).

Um divórcio pode vir acarretado de ressentimentos, desejos de vingança, problemas esses que dificultam na relação dos ex-companheiros e consequentemente em estabelecer uma rotina de convivência entre pais e filhos, quando não há diálogo na relação, o problema pode aumentar significadamente, pois a criança pode sofre o risco de ser usada como instrumento para atacar o outro genitor, estando diante portanto de uma alienação parental.

Em uma mediação deve ser analisada de início as questões de racionalidade, pois pode ser o problema maior, por muitas vezes o ressentimento pode atrapalhar o mediando a ouvir a outra parte, se colocar no lugar do outro, para Vasconcelos, em reuniões separadas devem ser priorizada a empatia dos mediandos, sobre o ponto de vista do outro, de modo a está aberto a ouvir suas sugestões.

O objetivo da mediação busca uma nova percepção do conflito, possibilitando que as partes falem e sejam ouvidas. Diz Jean François que "a mediação deve provocar em cada mediando um choque o que faz pensar que provavelmente, ele não detém de toda verdade, porque o outro tem uma parte dela". Por tanto, os mediandos são orientados a ter empatia sobre o ponto de vista do outro, pois nem sempre detém-se de toda razão.

Explica Spengler que:

> Se comparada à decisão judicial, à composição consensuada entre as partes, percebe-se que a primeira tem por base uma linguagem terceira normativamente regulada. Ao contrário, a mediação desmancha a lide, decompõe-na nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem as suas identidades construídas antagonicamente. A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom a sua vitalidade anterior (SPENGLER, 2010, p.320).

Portanto antes de judicializar um caso que envolva guarda e tomadas de decisões quanto a criança e adolescente, evitando expor o menor a uma insegurança paternal, é importante que primeiro se busque este instrumento que é a mediação para assim prover

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma dissolução pacífica, pois esta se mostra eficiente no direcionamento de acolher e auxiliar sobre uma visão diferente do litígio, objetivando evitar uma corrida judicial e acima de tudo não expor o menor a uma dolorosa batalha na disputa quem vai ficar com quem, pois isso pode desenvolver graves consequências psicológica para a criança.

5. CONCLUSÃO

O conflito é algo inevitável nas relações de qualquer natureza, mas quando o assunto é relação familiar é importante ter uma sensibilidade, ter uma relação equilibrada pois se faz indispensável para o anseio familiar. A ruptura de um relacionamento pode vir acompanhada de ressentimento, mágoa, raiva, dificultando relações e tomadas de decisões importantes, como a guarda e tarefas paternas.

A guarda compartilhada se mostra a melhor opção diante da dissolução do casamento, pois contribui para que a criança mantenha laços afetivos com os pais com os avós, tios e primos, estabelecendo um contato diário. Que as decisões quanto ao menor sejam consentidas por ambos genitores, tudo para que a criança sinta que mesmo os pais estando separados, estão juntos para ele. Essa convivência com todos os membros possibilita receber os princípios e ensinamentos de ambas as partes promovendo um desenvolvimento equilibrado para a criança e adolescente.

Quando a paz e harmonia não se faz presente na relação dos ex-companheiros, isso poderá acarretar dificuldades na tomada de decisões quanto ao menor, deixando-o vulnerável e inseguro sobre a rotina. Durante a pesquisa, o diálogo mostrou uma saída eficiente, o instrumento de resolução de conflito que direciona os ex-casais para uma boa conversa é a mediação.

Durante a pesquisa, a mediação se mostrou um instrumento eficiente para manter a paz e proporcionar uma convivência tranquila de forma direta aos pais e de forma indireta a criança, direciona-os a uma boa conversa visando um melhor exercício da guarda compartilhada. A mediação proporciona que mediandos tenham a oportunidade de resolverem o real motivo do desentendimento e chegarem por conta própria a uma decisão que seja favorável para ambos. Ao contrário do judiciário, que é um terceiro que decide pelas partes, por muitas vezes tais imposições só acarretará mais ações, no judiciário as vertentes emocionais não são ouvidas o que geralmente dão origem a novas demandas, diferente da mediação que as partes expressa seus sentimentos e são acolhidas, possibilitando que sejam ouvidas e compreendidas, por muitas vezes é só o que precisam.

Quando as partes decidem optar primeiro pela mediação, os mediadores os orientam que ali eles não são adversários, e sim, buscam juntos resolver seus problemas, dando espaço um ao outro, e abertos a entender a concepção do outro, todos em prol de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

um único propósito que é restabelecer uma relação estável e proporcionar aos filhos uma convivência saudável e harmoniosa no núcleo familiar.

Portanto, este trabalho defende que visando o melhor interesse da criança, antes de partir para uma disputa judicial, os genitores devem procurar um método de resolução de conflito, a mediação, pois esta se apresenta adequado nesse processo de buscar um arranjo de convivência, pois possibilita que os pais tenham uma participação ativa na resolução dos conflitos levando em conta os interesse de todos os envolvidos, e em especial a prole.

6. REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, N. Recomendação n° 25/2016 do CNJ: **Regra de Guarda Compartilhada**. Brasília, agosto.2016. Disponível em: https://portaldori.com.br/2016/09/16/corregedoria-nacional-de-justica-publica-recomendacao-para-que-juizes-considerem-guarda-compartilhada-como-regra/. Acesso em 24 de Setembro de 2021**.**

ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Wesllay Carlos. **A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão "guarda de filhos" quando do rompimento da conjugalidade dos genitores**. Revista IOB de Direito de Família, v. 71, abr./maio de 2012, p. 88**.**

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; CEZNE, Graziela Oliveira Miolo. Revista Brasileira de **Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, 2007, p.73.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar, 2017 p. 54.

BARBOSA, Águida Arruda. Teses.usps.com: **construção dos conflitos teóricos e práticas do código de família brasileira**. Ano 2007, p 135.

COMEL, Denise Ramo, **do Poder Familiar.** 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. ***Curso de direito civil brasileiro***– Direito de família. 22. ed., cit., p. 285.

GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos. **Os conflitos no exercício do poder familiar.** São Paulo: Atlas, 2008.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família.** Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Grupo GEN, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MADALENO, Rolf, ***Direito de Família***. Disponível em: Minha Biblioteca, (10th edição). Grupo GEN, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Max Limonad, 1947. t. 2

QUINTAS, Maria Manuela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a lei n° 11.698/08.** Rio de Janeiro: Editora Forense,2009.

ROSA, Conrado Paulino da, **A guarda compartilhada como forma de congestão parental: avanços, desafios e contradições**-2017. Tese(Doutorado) – programa de Pós-Graduação em Serviço Social, PUCRS.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança**. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre, Magister, v. 29, ago./set.2012, p. 76.

SIX, Jean-François. ***Le temps des médianteus. Normandei***: Seul, 1990, p.161/162.

SILVA, M. R. Piccinini, C. A. (2004). **O envolvimento paterno em pais não-residentes: algumas questões teóricas.** Psico, 35 (2), 185-194.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves, D. **Mediação *de conflitos***. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010, p. 320.

TRINDER, Liz; BEEK, Mary; **CONNOLLY,** Jo. making contact, op.cit, 2002, p. 32-34, passim.

WAGNER, A. (2002). **Possibilidades e potencialidades da família: a construção de novos arranjos a partir do recasamento**. In Wagner, A. (coord.). Família em cena: tramas, dramas e transformações (pp. 23-38). Petrópolis: Vozes.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. ***Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas***. Disponível em: Minha Biblioteca, (7th edição). Grupo GEN, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

COBRANÇA INDEVIDA DA TARIFA DE ESGOTO RECONHECIDA POR SENTENÇAS NO JUIZADO ESPECIAL CIVIL

LUIZ EDUARDO ARAÚJO PASSOS: Graduando em Direito/ Engenheiro de automação e controle pela UNIP - Manaus. Pós graduado em gestão estratégia empresarial Uninorte.

RESUMO: A tarifa de esgoto é um assunto de interesse social, para os usuários do referido serviço, sendo que o município de Manaus, não está coberto em sua maioria por essa prestação de serviço, segundo relatório do Instituto Trata Brasil de 2019, o município de Manaus está entre as piores cidades do Brasil em tratamento de esgoto sanitário. O objetivo deste estudo foi analisar as decisões judiciais e fundamentar com produção literária jurídica, argumentos técnicos que validem ou refutem a tese sobre a cobrança indevida da tarifa de esgoto. Foram analisadas 4 sentenças na Comarca de Manaus do Juízo de Direito da 5ª Vara do Juizado Especial Cível contra a empresa Águas de Manaus. Os resultados apresentaram 50% para processos improcedentes e extintos. Isso mostra que apesar da insatisfação com a cobrança da tarifa de esgoto, é pertinente que as partes tenham noção técnica cabível para a realização de perícia em seus imóveis, de modo a constatar o trajeto dos dejetos produzidas no imóvel, verificando se o imóvel dos reclamantes de fato utiliza a rede de esgoto.

PALAVRAS-CHAVE: Tarifa de Esgoto. Cobrança Indevida. Sentenças.

ABSTRACT: The sewage tariff is a matter of social interest for users of the aforementioned service, and the municipality of Manaus is not covered for the most part by this service, according to a 2019 report by the Instituto Trata Brasil, the municipality of Manaus it is among the worst cities in Brazil in terms of sewage treatment. The aim of this study was to analyze the court decisions and substantiate, with legal literary production, technical arguments that validate or refute the thesis about the undue charging of the sewage tariff. Four sentences were analyzed in the District of Manaus of the Court of Law of the 5th Court of the Special Civil Court against the company Águas de Manaus. The results showed 50% for unfounded and extinct processes. This shows that despite the dissatisfaction with the collection of the sewage tariff, it is pertinent that the parties have the appropriate technical notion to carry out an inspection in their properties, in order to verify the path of the waste produced in the property, verifying whether the property of the claimants actually uses the sewage network.

KEYWORDS: Sewage Rate. Improper billing. Sentences.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Recursos hídricos, agência nacional de águas e as novas atribuições do marco regulatório. 3. Serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na cidade de Manaus. 4. Análise de sentenças. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A cobrança indevida de serviços não prestados pela concessionária, pode caracterizar enriquecimento sem causa por ausência da prestação do serviço, tema em que encontra amparo na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 em seu artigo 884 do Código Civil, que determina: Aquele que sem causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o que foi indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Exemplos multas contratuais que sejam desproporcionais, taxas cobradas por serviços não prestados assim como em logradouros que não estejam ligados a rede de coletas de esgoto.

Sendo uma relação consumerista o consumidor pode ser lesado, ao ser cobrado por um serviço que não está sendo prestado. A empresa prestadora do serviço é a única a explorar essa atividade na cidade de Manaus, ficando o consumidor obrigado a submeter-se as regras da empresa para obter a prestação desejada, tema que também encontra ampara na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 em seu parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

A tarifa de esgoto é um assunto de interesse social, para os usuários do referido serviço, sendo que o município de Manaus, não está coberto em sua maioria por essa prestação de serviço, segundo relatório do Instituto Trata Brasil de 2019, o município de Manaus está entre as piores cidades do Brasil em tratamento de esgoto sanitário.

Ressalta-se a relevância do objeto de estudo do presente projeto de trabalho de conclusão de curso, ao considerar a Lei 14.026, de 15 julho de 2020, quando alterado o marco legislativo do saneamento básico que, de forma sucinta, provoca profunda transformação ao possibilitar a entrada de empresas privadas na gestão do setor.

E, com a possível privatização dos serviços de água no país, o consequente término da prestação de serviços de água e esgoto por parte das companhias estaduais.

Ao destacar a essencialidade do saneamento básico para a vida humana e a proteção do meio ambiente evidencia-se a relevância do tema, em conformidade à proposta de ampliar progressivamente o acesso ao saneamento básico de todos os domicílios ocupados do país, e consta nos objetivos e respectivas metas de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas, estipulados na chamada Agenda 2030.

Assim a presente pesquisa planeja estabelecer elementos em prol, bem como em detrimento, da tese axial sobre a improcedência da cobrança de tarifa de esgoto em casos específicos e ampara sua análise também em decisões judiciais sobre o tema.

O objetivo deste trabalho é analisar as decisões judiciais e fundamentar com produção literária jurídica, argumentos técnicos que validem ou refutem a tese sobre a cobrança indevida da tarifa de esgoto.

Em específico busca-se demonstrar através da análise das decisões do Juizado Especial Civil sobre o tema a existência de pontos e em contraponto; e verificar com base

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em estudos jurídicos sobre o consumerismo o respaldo legal que se correlacione com a tese proposta no presente projeto de trabalho de conclusão de curso.

2. RECURSOS HÍDRICOS, AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DO MARCO REGULATÓRIO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225). A Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/81, cujo objetivo é, entre outros, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, I), reconhece as águas, superficiais e subterrâneas, como recursos ambientais (art. 3º, V) que necessitam ser preservados com vistas à disponibilidade permanente e à manutenção da qualidade ambiental propícia a vida.

O setor de saneamento básico, como um dos principais usuários de recursos hídricos, desempenha papel fundamental na proteção do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à quantidade e qualidade da água, uma vez que a captação da água para abastecimento público e a disposição final dos esgotos sanitários em corpos hídricos impactam diretamente esse recurso ambiental (OLIVEIRA, 2021).

Dessa forma, ainda que existam instrumentos normativos distintos para tratar do meio ambiente, dos recursos hídricos e do saneamento básico, a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado depende de uma aplicação integrada dessas leis e de uma governança bem estabelecida entre seus atores. Segundo Edis Milaré (2018, p. 1229), é impossível a aplicação estanque da lei de recursos hídricos e da lei de saneamento básico, uma vez que os recursos hídricos são os “principais insumos” da “produção” dos serviços de saneamento básico e só serão garantidos no futuro com a conservação ambiental.

O denominado Marco Legal do Saneamento Básico, aprovado pela Lei 14.026/2020, trouxe mudanças significativos na Lei 11.445/2007 no que diz respeito ao planejamento e às formas de prestação dos serviços de saneamento básico. Do ponto de vista da relação entre meio ambiente e saneamento, há diretrizes introduzidas pela nova lei que também aproximam esses temas tão interdependentes.

Quanto aos princípios fundamentais, previstos no art. 2º da Lei 11.445/2007, a Lei 14.026/2020 alterou a redação do inciso III e incorporou a “conservação dos recursos naturais”, além da proteção do meio ambiente já existente na redação anterior, como requisito de adequação da prestação dos serviços de saneamento. Além disso, também ampliou o rol de políticas públicas com as quais o saneamento básico deve estar articulado, incluindo expressamente a política de recursos hídricos (art.2º, VI).

Tais alterações caminham na direção do que já estava previsto na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/1981, que reconhece as águas, superficiais e subterrâneas, como recursos ambientais (art. 3º, V) e que necessitam de proteção para garantir a disponibilidade permanente e a manutenção da qualidade ambiental propícia à vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda que do ponto de vista dos princípios o Marco Legal do Saneamento Básico tenha se aproximado da lei de águas, manteve o disposto no art. 4º que estabelece que os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico. De fato, não integram. O saneamento é usuário da água. Contudo, isso não pode significar que não deva haver integração nas ações, uma vez que o setor do saneamento utiliza a água para o abastecimento público e diluição de efluentes. O abastecimento de água potável depende necessariamente de mananciais de boa qualidade e quantidade, que sejam capazes de fornecer água segura às populações.

Sobre esse artigo, afirma Milaré (2018, p. 1229-1230):

> Em uma visão holística, o saneamento básico insere-se no ciclo hidrológico. É conceito "do berço ao túmulo" ou *cradle to grave* [...] Assim, seria insólito conceber o saneamento básico, sem que os recursos hídricos fizessem parte da prestação. Parece, portanto, que o dispositivo em comento deve ser interpretado de forma sistêmica, com adaptação de sua "pureza gramatical". Como saída, dentro de um critério de unidade e concordância, pode-se afirmar que o legislador se referiu, no art. 4º da Lei 11.445/2007, a apenas um aspecto do saneamento, qual seja, a execução pura e simples da atividade empresarial. Por outras palavras, o legislador desejou apenas informar a sociedade que a prestação dos serviços de saneamento pode ter titulares, ser privada, sujeitar-se ao direito de propriedade e ter escopo econômico, deixando "de fora" o recurso ambiental água. Nesse sentido, de um lado, temos a estrutura "empresarial" do saneamento (máquinas, equipamentos e instalações), suscetíveis de apropriação; e de outro, os insumos (recursos hídricos), insuscetíveis de apropriação.

Destaca-se, porém, que apesar de ter mantido essa distinção, ainda que sob a ótica da atividade empresarial, a Lei 14.026/2020 inovou ao incorporar nas atividades que compõem o sérvio de abastecimento de água potável a "reservação de água bruta" (art. 3º-A, I, Lei 11.445/2007). Esse dispositivo já constava do regulamento – Decreto 7.217/2010 -, mas agora compõe o texto da norma em vigor.

Entende-se por "água bruta" a "água encontrada naturalmente nos rios, riachos, lagos, lagoas, açudes e aquíferos, que não passou por nenhum processo de tratamento" (ANA, 2014). Assim, a reservação de água bruta consiste na conservação e armazenamento dessa água bruta, encontrada nos corpos d´água tutelados pela política de recursos hídricos.

Portanto, o Marco Legal do Saneamento Básico deu um passo importante no reconhecimento da responsabilidade do setor de saneamento básico de garantir que os reservatórios de água bruta estejam em condições adequadas para que essa água seja captada e utilizada em seu negócio, demonstrando a intrínseca relação do serviço com a conservação do meio ambiente, especialmente os recursos hídricos.

3. SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO NA CIDADE DE MANAUS

A cidade de Manaus, capital do Estado do Amazonas, emerge de um intenso processo de expansão tanto populacional quanto geograficamente, que se iniciou em 1970. De acordo com dados do IBGE (2020) a capital amazonense possui uma população

correspondente a 2.219.280 habitantes, sendo a cidade mais populosa da região amazônica e sétima no ranking brasileiro. Todas estas características, contrasta com a realidade social que apresenta um cenário altamente conflitivo, isso porque a taxa de desigualdade social equivale a 0,63 de acordo com o coeficiente Gini, desenvolvido pelo DATASUS (2010).

Além disso, os dados do IBGE (2020) revelam que a população manauara possui renda média de até um salário-mínimo; a mortalidade infantil atinge14,52 óbitos por mil nascidos vivos (IBGE, 2020). Estas questões refletem nas condições de moradia na cidade que, em sua maioria, são 348.684 localizadas em áreas periféricas e configuram-se de favelas, palafitas, ocupações e assentamentos (IBGE, 2020).

Estes aspectos correlacionam-se também com a infraestrutura da cidade, que é importante considerar, pois o tratamento dispensado à rede de igarapés que corta sinuosamente a cidade em todas as direções, deságua no rio Negro. Existem mais de 150 igarapés, os quais refletem na beleza e características do território amazônico, muitos deles foram aterrados para a viabilização de implantação de uma urbanização europeia, sem qualquer interação com as peculiaridades naturais da região (ROCHA, 2020; SOUZA, 2016).

Estes cursos de água, antigamente serviam como lazer da população e eram fontes de abastecimento hídrico da cidade. Atualmente, muitos deles se encontram poluídos, sendo transformados em verdadeiros esgotos a céu aberto. Sem uma política ambiental eficiente, os igarapés recebem todo tipo de resíduo proveniente do Polo Industrial de Manaus (PIM), das residências e até da empresa de saneamento (ROCHA, 2020). A empresa prestadora de serviço de saneamento, não possui adequações para com a cidade, pois lança grandes quantidades de esgotos nos igarapés, sem qualquer tipo de tratamento, agredindo ao meio ambiente.

Logo, a gestão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Manaus, é realizada por intermédio de uma concessão privada, que teve início em 04 de Julho de 2000. Tal concessão possui uma história tumultuada e contraditória, frustrando as expectativas da privatização.

Conhecida nacionalmente como um mau exemplo de gestão, esta concessão já mudou 4 vezes de operador (Lyonnaise des Eaux-Suez, 2000 – 2006; Grupo Solvi, 2007 – 2012; Águas do Brasil, 2012 – 2018; e Aegea Saneamento e Participações, a partir de 2018) e ainda realiza um serviço insatisfatório para a maioria da população.

A concessão foi pactuada, incialmente, por um prazo de 30 anos, porém, este período se ampliou para 45 anos por intermédio do Quarto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão (17/05/2012).

O dispositivo impõe também alterações como o aumento da tarifa de esgotamento sanitário, que a partir de então, equivale ao valor cobrado pelo consumo de água. A partir de aditivos anteriores, este termo flexibilizou as metas do contrato de concessão original, projetando à cidade uma cobertura de 98% de abastecimento de água no ano de 2016 e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma abrangência de 90% dos serviços de esgotamento sanitário em 2040 (ROCHA, 2020).

Em junho de 2018, a gestão dos serviços de água e esgoto foi assumida pelo Grupo Aegea Saneamento e Participações, atuante em Manaus através da concessionária Águas de Manaus.

A empresa entrou na concessão planejando um investimento de R$ 880 milhões de reais nos próximos 5 anos e firmou a meta de implantar a cobertura de esgotamento sanitário em 80% da cidade até 2030. Além disso, a empresa aspira reduzir o desperdício de água na distribuição e melhorar o abastecimento na capital amazonense (EDITOR, 2018).

Até hoje, a concessão não apresentou resultados satisfatórios. O desempenho dos serviços aparece tradicionalmente entre os piores, em comparação às grandes cidades brasileiras. Os dados mais recentes do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS, 2020) mostram que a cobertura de abastecimento de água alcança somente 91,42% da cidade de Manaus, sendo que nas áreas periféricas, este serviço é precário ou totalmente inexistente.

Estas informações são confirmadas por órgãos de fiscalização como o Procon-AM, COMDEC-CMM e AGEMAN, ao revelarem que a empresa de água e esgoto ocupa com persistência a liderança no ranking das empresas mais reclamadas da cidade.

O sistema tarifário dos serviços de esgotamento sanitário e água em Manaus obedece a um bloco com cinco classes de consumo, cujos valores cobrados são variáveis conforme a modalidade dos consumidores (Ver tabela 1).

Estrutura Tarifária	**Faixa de Consumo**	**Tarifa de Água (R$/m³)**	**Tarifa de Esgoto (R$/m³)**
Tarifa Social	0 a 15m³	1.9930	1.9930
	16 a 20m³	7.7260	7.7260
	21 a 30m³	11.7940	11.7940
	31 a 40m³	16.0660	16.0660
	41 a 60m³	18.5730	18.5730
	Acima 60m³	21.1360	21.1360

Residencial	0 a 10m³	3.9860	3.9860
	11 a 20m³	7.7260	7.7260
	21 a 30m³	11.7940	11.7940
	31 a 40m³	16.0660	16.0660
	41 a 60m³	18.5370	18.5370
	Acima 60m³	21.1360	21.1360
Comercial	0 a 12m³	14.1410	14.1410
	Acima de 12m³	19.6920	19.6920
Industrial	0 a 40m³	18.4510	18.4510
	Acima de 40m³	25.3030	25.3030
Poder Público	0 a 12m³	18.4510	18.4510
	Acima de 12m³	25.3030	25.3030

Tabela 1 – Estrutura Tarifária Manaus (Águas de Manaus, 2021).

Como se percebe, a estrutura tarifária da empresa Águas de Manaus é composta por diferentes modalidades de consumidores: Tarifa Social, Residencial, Comercial, Industrial, Industrial e Poder Público. Em Manaus, a modalidade residencial fornece a maioria da base de clientes da empresa de água e esgoto (95,35% dos clientes) e outros clientes representam a minoria (4,65%).

Quanto à incidência no faturamento da empresa, as residências aportam uma colaboração maior (90,93%) àquela realizada por outros clientes (9,07%). Essas informações indicam que os clientes com maior capacidade de pagamento, como indústrias do Polo Industrial colaboram menos que os clientes residenciais, que possuem menor capacidade financeira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os dados demonstram que em Manaus, o peso maior de responsabilidade recai sobre os pagadores mais pobres pela manutenção do sistema público de água e esgoto.

Devido a estas reclamações, e pela falta de abrangência em parte da cidade, é que se concentra o objeto desta pesquisa, pois sentenças foram coletadas para demonstrar aspectos favoráveis ou em desfavor com relação a cobranças indevidas da tarifa de esgotamento sanitário.

4. ANÁLISE DE SENTENÇAS

Neste tópico analisa-se sentenças proferidas pelo Juizado Especial Cível. Foram considerados aspectos relevantes, favoráveis ou em desfavor, com relação a premissa do presente estudo, que planeja investigar elementos que sustentem a adoção de estratégia jurídica eficaz na discussão legal do tema.

Foram analisadas 4 sentenças na Comarca de Manaus do Juízo de Direito da 5ª Vara do Juizado Especial Cível contra a empresa Águas de Manaus (Ver Gráfico 1).

Gráfico 1 – Análise das sentenças (Autor da pesquisa, 2021).

Como se vê pelo gráfico 1, as sentenças analisadas representam 50% para processos improcedentes e extintos. Nos processos improcedentes, os autores narraram que a empresa (requerida – Águas de Manaus) cobrou indevidamente por serviços não prestados de taxa de esgoto no valor de 100% do consumo de água, uma vez que seus bairros residenciais não possuem rede de esgoto da ré. Em contraponto, a requerida informou que através de uma ordem de serviço, constataram que os imóveis dos autores eram respectivamente localizados em interligações à sua rede de esgoto.

Ao adentrar no cerne da lide, o juiz ao examinar o mérito diz que a parte autora se enquadra no conceito de consumidor do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de destinatária final do produto/serviço, de modo que esta é presumidamente parte vulnerável na relação.

No mesmo passo, o Código de Defesa do Consumidor preconiza ainda que o fornecedor de serviços/produto responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, em razão da má prestação dos serviços ou ineficiência dos mesmos, má qualidade dos produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (art. 12 e 14).

O abastecimento público de água e o esgotamento sanitário são serviços essenciais compulsórios, cuja execução o Estado delega às concessionárias de serviço público, como a Águas de Manaus. A Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, define em seu art. 3º, I, b, o esgotamento sanitário que compreende as etapas de coleta, transporte, tratamento e disposição. Então, para que o serviço seja efetivamente prestado, o poder público, ou seu delegatório, deveria disponibilizas todas as referidas etapas.

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, uniformizou o entendimento, no sentido de que é legal a cobrança de tarifa de esgoto, ainda que não haja o tratamento sanitário

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. **TARIFA DE ESGOTO. PRESTAÇÃO PARCIAL DO SERVIÇO. COBRANÇA INTEGRAL. CABIMENTO. TESE FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO.** MULTA. APLICAÇÃO. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência ao Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2) **2. A primeira Seção desta Corte, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou posição acerca da legalidade da cobrança da tarifa de esgoto, mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. (REsp nº 1.339.313/RJ, Rel. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJe 21/10/2013).**

Na esteira do entendimento do C. STJ, a ausência da referida verba importaria graves e desnecessários prejuízos para o poder público e para a população em geral, porquanto a coleta e o escoamento dos esgotos representam serviço de suma importância.

No caso das sentenças julgadas improcedentes, o juiz determinou lícita a cobrança da tarifa de esgoto pela coleta e transporte deste, mesmo nas hipóteses em que não há tratamento, conforme entendimento do STJ, até mesmo diante do que dispõe o artigo 927, inciso III do NCPC, declarando perfeitamente exigível a cobrança da tarifa de esgoto, e, portanto, mereceu os pleitos autorais serem rechaçados.

A análise das sentenças julgadas extintas, os autores alegaram ter sido cobrados indevidamente por serviço de esgoto, vez que este supostamente não se encontra instalado no bairro dos requerentes. Por outro lado, a requerida afirmou que a classe de esgoto se encontra ligada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, tendo em vista que houve controvérsias nos processos, cingiu-se sobre concreto ligamento ou não, entendendo ser necessária a produção de provas periciais. Logo, o juiz acolheu a preliminar arguida pela ré, de incompetência do juízo, ante a necessidade de realização ou um exame técnico para verificação do alegado pelas partes.

Desta forma, o juiz reconheceu a incompetência deste juízo para julgar o mérito da demanda, posto que os juizados especiais possuem competência para julgar causas de menor complexidade nos termos do art. 3º da Lei 9.099.

A apreciação meritória pelo Juizado Especial em causas de maior complexidade, considerando a necessidade de produção de prova pericial, causaria prejuízos irreparáveis à parte, ferindo, portanto, o princípio constitucional da ampla defesa. Portanto, os processos foram extintos sem resolução do mérito, nos termos do art. 51, II da Lei 9.099/95.

Mediante a análise de sentença recente é possível compreender que o desequilíbrio causado pela imprevisível crise sanitária pode atingir todas as partes da relação, não devendo incumbir o ônus total à apenas uma delas consumidores usuários e Poder Concedente, sob pena de novamente desiquilibrar as relações contratuais. (Relator Desemb. ELCI SIMÕES DE OLIVEIRA, sentença em 31/08/2021 Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Amazonas. Gabinete do Desembargador Elci Simões de Oliveira. BRASIL).

Percebe-se a preocupação do Poder Público em proteger as relações de cunho consumerista entre Estado e a população, ensejando a possibilidade de adoção dessa premissa na defesa dos consumidores que eventualmente sejam alvo de cobrança considerada, a priori, indevida de taxa de esgoto.

Planeja-se ampliar a visão sobre o tema, sob aspectos de vedação legal, por considerar a hipótese de cobrança “excessiva”, gerar enriquecimento ilícito por parte da prestadora do serviço em pauta, segundo consta no art. 39 caput e inciso V, do CDC vedada esta vantagem: “É vedado ao fornecedor de produto ou serviços, dentre outras práticas abusivas: V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessivas”.

Em prosseguimento à busca de ampliar o cerne da questão, apura-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final para o fornecimento de serviços públicos essenciais é consumerista, sendo cabível a aplicação do CDC (STJ, 2020).

5. CONCLUSÃO

Atualmente, a empresa Águas de Manaus beneficia com a tarifa social 51.114 economias residenciais, contemplando o total de 38% das famílias (135.683). O direito à água e ao saneamento deve ser implantando conforme a necessidade das situações das famílias que podem se encontrar ou não em grau de vulnerabilidade socioeconômica, concedendo a isenção do pagamento de um volume mínimo de 50 a 100 litros per capita ao dia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É fato que quase 40% da população aufere até meio salário-mínimo, contingente este, expressivo na população manauara por não possuírem condições de pagar tarifas dos serviços de água e esgoto, sem o comprometimento de outras necessidades essenciais. É relevante frisar que o preço cobrado pela água em Manaus, situa-se entre os mais caros da Amazônia, perdendo apenas para Tocantins.

O consumidor mesmo protegido pela Constituição Federal de 1988, fica sempre sendo o lado mais fraco em uma relação processual, onde a outra parte encontra-se a empresa prestadora do serviço, requerendo a contraprestação pelos serviços prestados.

Em tempo de pandemia houve a suspenção de expediente forense desencadeada pela COVID-19, que manteve o isolamento domiciliar via Decreto do Governador do Estado.

Este estudo analisou as decisões judiciais de processos contra a empresa Águas de Manaus S/A, cujos resultados apresentaram 50% para processos improcedentes e extintos. Isso mostra que apesar da insatisfação com a cobrança da tarifa de esgoto, é pertinente que as partes tenham noção técnica cabível para a realização de perícia em seus imóveis, de modo a constatar o trajeto dos dejetos produzidas no imóvel, verificando se o imóvel dos reclamantes de fato utiliza a rede de esgoto.

Com efeito, a causa não tem como ser equacionada sob a égide da Lei 9.099/95, porque o deslinde das questões exige a produção ou oitiva de prova técnica específica a alicerçar um julgamento futuro.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **SANEAMENTO BÁSICO: competências constitucionais da União, Estados e Municípios**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas: Revista de Informação Legislativa, v. 38, n. 153, 01 mar. 2002. Trimestral. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/762>. Acesso em 06 set 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988** (Constituição Federal, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Emendas Constitucionais de Revisão e Emendas Constitucionais). Brasília: Senado Federal, Secretaria - Geral da Mesa, 2001.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Estabelece o Código Civil**. Art. 884. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

BRASIL. Lei 14.026 de 15 de julho de 2020. **Atualiza o marco legal do saneamento básico** e altera a Lei nº9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a **Política Nacional do Meio Ambiente**, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2021.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1595018/RJ**, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 18/08/2016,DJE 29/08/2016; AgRg no REsp 1421766/RS,Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado de TRF 1ª REGIÃO), Primeira Turma, Julgado em 17/12/2015,DJE 04/02/2016; REsp 1396925/MG,Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, Julgado em 05/11/2014,DJE 26/02/2015; AgRg no AREsp 479632/MS,Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, Julgado em 25/11/2014,DJE 03/12/2014; AgRg no AREsp 546265/RJ,Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, Julgado em 07/10/2014,DJE 15/10/2014; AgRg no AREsp 372327/RJ,Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma,Julgado em 05/06/2014,DJE 18/06/2014.

BRASIL. **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO**. Tarifa de esgoto. Prestação parcial do serviço. Cobrança integral. Cabimento. Tese firmada em recurso repetitivo. Multa. Aplicação. REsp nº 1.339.313/RJ, Rel. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJe 21/10/2013).

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. **Segunda Câmara Cível Agravo de Instrumento** Nº 4006205-57.2021.8.04.0000. Agravante: município de Manaus. Relator: Desemb. Elci Simões de Oliveira. Em 31 ago 2021.

CARVALHO, Sonia Aparecida; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Revista Brasileira de Direito, IMED**, Vol. 8, nº 2, jul-dez 2012

DATASUS. **Índice de Gini da renda domiciliar per capita – Amazonas**. Disponível em: < http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/ibge/censo/cnv/giniam.def> Acesso em setembro de 2021.

EDITOR. **Ministério Público vai investigar venda da Manaus Ambiental para a Aegea**. Portal Acritica. 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/ministerio-publico-vai-investigar-venda-da-manaus-ambiental-para-aegea>, Acesso em 03 novembro de 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População Amazonense**. 2020. Disponível em: < https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/panorama> Acesso em setembro de 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 11. Ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

OLIVEIRA, Carlos Roberto de Oliveira. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Editora Foco: 2021

ROCHA, Sandoval Alves. **A tarifa social na cidade de Manaus**. 9 de novembro de 2020. Disponível em: < https://ondasbrasil.org/a-tarifa-social-na-cidade-de-manaus/> Acesso em 03 de novembro de 2021.

SOUZA, **Poluição dos igarapés de Manaus está diminuindo a acidez do rio Negro**. Portal acrítica. 20 jul. 2016. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/quinta-feira-estamos-matand o-nossos-igarapes?fbclid=IwAR3s-SufxWAmAs9r_k7rWHgvJzCVUvC-gi49aI—e8In4k7ImkiJuFP0to>.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Relação de consumo entre o concessionário de serviço público e o usuário final**. 2020. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/aplicacao-do-cdc-a-relacao-entre-o-concessionario-de-servico-publico-e-o-usuario-final> Acesso em 03 de novembro de 2021.

www.conteudojuridico.com.br

AS CAUSAS DOS ERROS JUDICIAIS COMO FATOR DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

LIENY NAIARA SOUZA DA SILVA: Graduanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo busca apresentar as causas de erros judiciais como fator de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem por objetivo analisar a responsabilidade do estado pelo erro judiciário, quando se pune sujeitos que não deveriam ser responsabilizados por determinados crimes. Até que ponto o estado pode ser responsabilizado, objetivamente, perante o erro judiciário causado a pessoas presas injustamente. Utilizou-se, o método de investigação dedutiva, por meios de leis, jurisprudências, artigos científicos, livros, e notícias de jornais, para embasamento do trabalho. Tem como objetivos específicos, demonstrar a responsabilidade do estado frente às prisões injustas. Faz-se necessário analisar alguns princípios, os quais são violados. As formas de reparação do erro judiciário, dando ênfase à indenização, nos casos de danos causados na vida do ser humano, relatando as consequências imputadas, além de causar prejuízos irreparáveis quando decretada uma prisão injusta e indevida. Uma prisão que fere Princípios Constitucionais essenciais ao ser humano, a sua liberdade e dignidade. Conclui-se, que em muitos casos que não há devida atenção, leva a acontecer os erros, apesar de se ter um ordenamento, que tenta aplicar os princípios de defesa, ainda há vários atos de desrespeito a esses direitos.

Palavras-chave: Erro Judiciário. Responsabilidade do Estado. Violação ao Princípio Constitucional. Indenização.

ABSTRACT: This article seeks to present the causes of judicial errors as a factor in violation of the principle of human dignity, and aims to analyze the responsibility of the state for judicial error, when individuals who should not be held responsible for certain crimes are punished. The extent to which the state can be objectively responsible for the miscarriage of justice caused to people unjustly imprisoned. It was used, the method of deductive investigation, by means of laws, jurisprudence, scientific articles, books, and newspapers, to support the work. Its specific objectives are to demonstrate the state's responsibility in the face of unfair arrests. It is necessary to analyze some principles, which are violated. The ways of repairing the judicial error, emphasizing compensation, in cases of damage caused to the human being's life, reporting the imputed consequences, in addition to causing irreparable damage when an unjust and improper imprisonment is decreed. A prison that violates Constitutional Principles essential to human beings, their freedom and dignity. It is concluded that in many cases that there is not due attention, it leads to errors, despite

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

having an order that tries to apply the defense principles, there are still several acts of disrespect to these rights.

Keywords: Miscarriage of Justice. State Responsibility. Violation of the Constitutional Principle. Indemnity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ERRO JUDICÍARIO. 1.1. AS PRINCIPAIS CAUSAS DE ERROS JUDICIAIS. 1.2. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2. RESPONSABILIDADE DE ESTADO. 3. INDENIZAÇÃO. 4. CASOS ERRONEOS DE ERROS JUDICIARIOS BRASILEIRO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Para iniciar este estudo, vamos lembrar um dos maiores erros cometido por autoridades judiciais (romana) na história da humanidade, a acusação, o julgamento e a condenação capital de Jesus Cristo, prisão ilegal, sem motivos, com provas forjadas – ilícitas -, juiz arbitrário e dependente. O réu tornou-se vítima e suas últimas palavras foram "Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem" (HABIB, 2002, p. 18-22).

O presente projeto busca discorrer acerca das condenações de inocentes, e como medidas usadas podem trazer consequências irreversíveis e sua eficácia na sociedade, ocorrendo à responsabilidade do judiciário diante de tais falhas. Estes erros sempre aconteceram e sem medidas para evitá-los continuarão a acontecer, porém, nem sempre este assunto foi muito discutido e divulgado. Não há dados oficiais sobre prisões e condenações provocadas por erros, mostrando assim, o descaso do Estado com essas vítimas do sistema penal. Com base em dados da ONG Innocence Project Brasil, desde quando iniciou suas atividades, em 2016, receberam aproximadamente 850 alegações de pessoas presas injustamente, que esperam ser notadas, com o objetivo de conseguirem uma revisão criminal. Estas pessoas merecem serem ouvidas,pois o cárcere muda a vida deles, assim como afeta o psicológico e emocional, tanto do acusado como o de seus familiares, restringindo um direito de um ser humano. O erro judiciário é um problema que ocorre desde sempre, como não há estudos oficiais que demonstram índices da ocorrência de erros judiciários, não há como afirmar quais foram os primeiros registros de erro. Entretanto, desde os primórdios sabe-se que eram utilizadas punições bárbaras aqueles que contrariavam as leis, tendo penas de torturas, pena de morte, banimento e prisões desumanas, como por exemplo, a lei do talião que ficou conhecida pela frase emblemática olho por olho e dente por dente. Nestes casos, um erro na condenação seria fatal e irreversível, não podendo ter uma reparação do dano causado. Desta forma, inicialmente este trabalho teve por objetivo conceituar o erro judiciário, mostrar quais são as espécies deste erro de acordo com algunsdoutrinadores, ainda, trouxe as principais causas do erro judiciário. O segundo ponto relatando a responsabilidade objetiva, perante o erro judiciário causado ao inocente, cabe uma possível indenização pelo erro? Tendo como hipótese da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

situação que está escrita no inciso LXXV, do artigo 5° da Constituição Federal de 1988, em conformidade, caberá ao Estado reparar a vítima em face do equívoco do Poder Judiciário.

Dando continuidade, foram relatados alguns casos de erro judiciário, em que houve a incidência grande de repercussão na época dos fatos, havendo uma análise do caso, sendo expostos direitos que foram violados e as causas do erro. Abordadas as consequências que o erro judiciário gerou na vida das vítimas, danos causados destes cidadãos que tiveram direito e garantias constitucionais fortemente violadas, tendo como fator de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É possível observar que há ocorrência de erros e que vão continuar ocorrendo caso não sejam adotadas medidas para combatê-lo. O mínimo que se espera do judiciário é que este faça a justiça, de acordo com a lei e a aplicando corretamente, seguindo seus princípios para que assim, haja mais possibilidade de se alcançar a justiça, quando houver a mínima possibilidade de existir um erro, esse seja averiguada, e não omitido, pois essas pessoas possuem direito a voz e merecem serem ouvidas. Sendo assim, conclui-se que os casos discutidos neste trabalho não são os primeiros e nem serão os últimos casos de erros judiciários no Brasil. O erro existe, faz parte da natureza humana, irá continuar ocorrendo e muitas vítimas deste erro não terão sequer a chance de tentar provar a sua inocência. Cabe ao Estado reconhecer seus erros e repará-los o quanto for possível, pois as marcas e sequelas deixadas por uma condenação injusta acompanham o ser humano eternamente.

1 ERRO JUDICIÁRIO

O erro judiciário é qualquer ato injusto ato este emanado pelo órgão do Poder Judiciário, que resulta da falsa concepção acerca de um fato, o erro pode ocorrer em quaisquer das áreas, na área do direito, não seria diferente. Porém, quando falamos sobre erro judiciário, vem diversas situações em mente não se limita apenas a condenação e nem ao caso de condenar uma pessoa inocente, mas também a forma de tratamento sobre o condenado, é mais visado na esfera penal, pelo fato de atingir valores inalienáveis à pessoa humana, o que provoca uma grande sensação de injustiça, tendo em vista que no campo penal não se trata de patrimônio, mas da liberdade do sujeito vítima do erro. Nem todas às vezes há uma justiça, poderão ocorrer condenações injustas, assim, aquele que buscava a justiça alcança uma falsa justiça, e aquele réu acaba virando vítima de um erro judiciário. Para Bueno (1857, p. 200), "[...] as melhores instituições, os tribunais mais bem organizados e inteligentes, podem produzir decisões ou julgamentos viciados, errados ou injustos, por isso mesmo que todas as obras do homem são sujeitas a imperfeição".

Desta forma, o erro judiciário pode ser conceituado como uma desconformidade da decisão judicial com a realidade ou verdade das coisas, o erro aponta a deficiência do direito para o desempenho da justiça. Para Médici (2000, p. 215): [...] "considera-se erro judiciário a má aplicação do direito ou a deficiente apreciação dos fatos na causa, por parte

do órgão jurisdicional, que resulta em decisão contrária à lei ou à verdade material". No entendimento de, D'Urso (1999) conceitua erro judiciário:

> "Trata-se de erro judiciário, a manifestação viciada do Estado, por meio de um seu órgão-juiz, ressoando seus efeitos quer na esfera penal, quer na esfera civil, pois não há negar que uma ordem de despejo forçado, equivocada, eivada de nulidade, também promova uma série de prejuízos àquele que foi despejado por erro judiciário. Mas é no campo penal, que o erro judiciário é mais visado, pois atinge valores inalienáveis da criatura humana, provocando uma enorme sensação de injustiça, razão pela qual, reside maior atenção do legislador em prever, expressamente, a obrigação do Estado em indenizar o prejudicado".

O erro judiciário pode ser verificado em várias circunstâncias, a privação da liberdade da pessoa humana, de forma injusta e equivocada, decorrente da atuação da autoridade judiciária, o erro pode ter seu início no momento em que se decreta a prisão temporária ou preventiva do suspeito pela autoridade judiciária ou pela autoridade policial no momento da lavratura do termo de prisão em flagrante e continuará por toda a instrução criminal. Compreendemos o papel importante que o Poder Judiciário tem na democracia, na manutenção da sociedade e na garantia dos

direitos dos cidadãos. Mesmo quando um erro judiciário é descoberto, é muito difícil de prova? É notável que não é possível fazer com que os erros não mais aconteçam, pois o ser humano é suscetível a falha, então, deve se elaborar mecanismos que evitem ao máximo que essas falhas aconteçam, que diminua a imperfeição, para que consequentemente as injustiças também venham a ser reduzidas.

1.1 As Principais Causas de Erros Judiciais.

No ano de 2018, durante o 24º Seminário internacional de Ciências Criminais, as criminalistas Maíra Fernandes e Dora Cavalcanti listaram as causas principais de erros judiciais, sendo elas as falsas acusações, reconhecimento errado do autor do crime, perícias imprecisas, abusos dos agentes estatais e confissões forçadas, muitas vezes obtidas mediante tortura. Também afirmaram que diversas vezes os agentes pressionam a vítima para dizerem que uma das pessoas elencadas é o autor do crime, e que na maioria das vezes é uma definição tomada por filtros classicistas e racistas. Um reconhecimento de autor será feito de acordo com os requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal. A regra do inciso II é especialmente desrespeitada. O dispositivo estabelece que "a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Outro problema está no reconhecimento por foto. "Ninguém esclarece à vítima que, entre os retratos que lhe são apresentados, não necessariamente algum é de um autor de um crime". Só que a identificação indevida por uma foto acaba ficando na mente da pessoa, criando uma falsa memória. Assim, quando ela se depara pessoalmente com o suspeito, acaba quase automaticamente apontando-o como praticante do delito. A mídia pode ter um papel relevante em relação à incriminação de pessoas inocentes por crime que não cometeram, principalmente crimes que geram uma grande visibilidade, crimes que de certa forma mexem com a sociedade e tem uma grande repercussão, pois ao apontar um suspeito faz com que este pareça culpado, levando a sociedade a acreditar no mesmo, assim, esta sociedade pressiona os agentes da polícia e do judiciário para que a justiça seja feita, e estes buscando o reconhecimento acabam fazendo de tudo possível para incriminar aquela pessoa, para assim ser responsáveis pela resolução do crime, as confissões falsas são responsáveis por grande parte dos erros judiciais.

No processo penal, o erro judiciário possui uma maior relevância em virtude da gravidade das suas consequências, já que se trata de direitos constitucionais, como da liberdade, da honra, patrimônio, entre outros. Muitas vezes o silêncio é visto como forma de confissão sendo que o mesmo é assegurado constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal que diz: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Sendo este artigo comumente violado por pressão policial e tortura. (BRASIL, 1988, online).

O erro judiciário pode ser classificado em duas espécies*: o erro in procedendo e o erro in judicando* (SILVA, 2015). O primeiro consiste em um erro de procedimento, ou seja, viola uma regra processual, agindo contra o que determina a lei, podendo ocorrer por erro da parte ou por erro do juiz, comprometendo o contraditório do processo e a ampla defesa, violando dois princípios constitucionais conforme dispõe o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal "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". Já o *erro in judicando* é um erro de julgamento, ou seja, há um erro na sentença, no próprio conteúdo do processo. O julgamento dos magistrados é norteado pelo princípio do livre convencimento motivado, conforme dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Inocentes às vezes preferem assumir a culpa por um crime que não cometeram em vez de correr o risco de pegar penas maiores. A inobservância ao erro do judiciário quanto à percepção dos fatos, podendo tal erro macular para sempre a imagem de uma pessoa, causando prejuízos irreversíveis para a sua vivência.

1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A "dignidade da pessoa humana" tem sido usada na intenção de defender direitos humanos fundamentais. Com efeito, a dignidade é um atributo da pessoa humana e, pelo simples fato de "ser" humana, cabe a esta pessoa todo o respeito possível, independentemente de quaisquer requisitos ou condições. Por isso, é de extrema importância atentar-se para o fato de que ninguém está sujeito a perder sua dignidade. A injustiça infelizmente ainda é muito presente na sociedade atual, quantas pessoas são encarceradas por meses ou anos até a verdade ser enfim descoberta ou mal entendido desfeito, uma investigação precária e defeituosa podem levar vidas a serem interrompidas. Para Luís Barroso (2000, p. 296), por exemplo; "passar fome, não conseguir emprego ou simplesmente dormir ao relento, são situações que põem em jogo a dignidade da pessoa humana".

É um princípio constitucional que serve de base para outros princípios e direitos previstos na própria Constituição, especialmente no tocante à sua fundamentação e efetivação. A Constituição Federal é do ano de 1988, entretanto, faz-se necessário analisar os princípios constitucionais violados conforme a nossa Constituição Federal atual, como exemplo, para que fique demonstrada com clareza a grande injustiça sofrida, tendo como exemplo o caso dos irmãos Naves. O princípio da dignidade da pessoa humana é sem qualquer dúvida o mais importante princípio da nossa Carta Magna, ao serem presos ilegalmente e submetidos a torturas, ameaças, a fome e a sede, e a situações vexatórias, este princípio de suma importância foi violado. Embora atualmente com a Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, traga a dignidade da pessoa humana como fundamento da república, e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tanto protege a dignidade da pessoa humana, estes casos de erro judiciário em que ocorre a violação deste princípio, a casos que continuam ocorrendo pelo país, entretanto muitas vezes não são divulgados.

No artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal se encontra o princípio da presunção da inocência, que dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". O princípio do devido processo legal também foi violado no caso dos irmãos Naves, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" é o que dispõe o artigo 5º, em seu inciso LIV. Em relação á confissão obtida no curso do inquérito policial, esta é ilícita, pois foi obtida através da tortura, e conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVI: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", violando também, o princípio da vedação das provas ilícitas, no caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

citado. O fato que mais indigna as pessoas sobre este caso é a falta de prova material, pois não havia um corpo para ter a certeza da morte de Benedito e mesmo assim, houve a condenação. Fica claro que não havia nenhuma prova concreta que incriminasse os Irmãos Naves, havia somente uma cobrança popular, um desespero por parte do delegado militar que queria de todas as formas encontrar um culpado. O princípio da dignidade da pessoa Humana é assegurado a todo ser humano, apenas pelo fato de sua existência. É na própria Constituição que o processo penal vai alcançar seu alicerce, uma vez que nela estão legitimados os princípios do regime adotado por toda a nação, podendo-se dizer que o sistema brasileiro revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoa humana. No que tange à descrição dos delitos e à aplicação das penas, busca-se resguardar a integridade do indivíduo como pessoa, no entanto, é no processo que essa preocupação se revela mais abrangente visto que no processo penal o que se julga não é somente um fato delituoso, mas também uma pessoa. A dignidade Humana mostra-se violada em vários momentos, como por exemplo: no caso de Jesus Martines, que é preso injustamente pelo crime de homicídio, cometido contra uma garota de programa, o mesmo tem que assumir a autoria do crime ou caso contrario, seria sujeito a pena de morte. A partir do momento que se submete um inocente ao sistema carcerário, retirando assim o direito à liberdade, o direito de ir e vir, ferindo sua honra, está golpeando cruelmente a dignidade da pessoa Humana. Posto isto, a dignidade da pessoa humana, tem valor básico embasado em todos os outros direitos humanos, vem sendo incessantemente violada em prol de uma tão sonhada segurança e da busca da verdade real na esfera do processo penal. Dentro dessa linha de raciocínio, imprescindível se faz reconhecer que os direitos existenciais componentes da dignidade humana, pertencem aos indivíduos na mesma proporção. Assim sendo, não há que se falar em mais ou menos dignidade, pontuando a idéia do que é um princípio. Assevera Celso Antônio (2011, p. 34) afirma que:

> "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra a todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Ora, o modo mais direto de violação do princípio da dignidade da pessoa humana é a não efetivação ou violação dos direitos fundamentais do homem, haja vista sua íntima relação".

A experiência de situações de violência no cotidiano das pessoas acusadas, exprime a bruta violação da dignidade humana do indivíduo. Tendo a violência se materializa na dificuldade de acesso a serviços públicos, como os preconceitos vinculados ao local de moradia, nas práticas repressivas da polícia fortemente presentes nas periferias, na

convivência habitual com o tráfico de drogas, na inserção precoce no mundo do crime, no racismo, nas agressões físicas, abusos sexuais, violações de domicílio e nos homicídios praticados pelo próprio Estado. "A falta de critérios na abordagem policial é licença para os abusos cometidos". (CARNELÓS et. AL, 2020).

2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Após o estudo destinado, se faz necessário observar a responsabilidade do Estado, o Poder Jurídico faz parte de um todo (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário) que constitui o Estado, sendo assim é este que deve responder por seus atos, já que o Estado tem responsabilidade objetiva (desde mil novecentos e quarenta e sete), não se discutindo, assim, a existência de dolo ou culpa, bastando o dano causado ao cidadão.

Para LOPES MEIRELLES, 2012, p. 712: "(...), fixa-se que responsabilidade é a quetraduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização (...)", e como complemento de ZANELLA DI PIETRO, 2003, p. 535: "(...) É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário".

Também, no seu artigo 37, § 6°, disciplina a responsabilidade do Estado: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". A Constituição Federal de 1988 consagrou a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade do risco administrativo. Assim, em regra o Estado responde de maneira objetiva pelos danos causados por seus prepostos no exercício do múnus público ou em razão dele. Discussão que se preenche do mesmo teor é aquela a respeito da possibilidade de responsabilização do Estado pela prisão cautelar decretada quando o acusado é posteriormente declarado inocente por sentença transitada em julgado. No âmbito do Direito Administrativo, fala-se no descumprimento do dever profissional, sendo assim, no princípio da Legalidade, que é ferido quando há este descumprimento. Ocasionando, portanto, danos morais e/ou patrimoniais, por uma contradição à legislação. MAZZA, 2013, p. 325, explica o artigo supra transcrito:

> [...] "as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros: União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, fundações e associações públicas são pessoas jurídicas de direito público e, por ostentarem
>
> natureza pública, respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causem a particulares. Importante notar que o Texto Constitucional, quanto às referidas pessoas jurídicas de direito

> público, não condiciona a responsabilidade objetiva ao tipo de atividade exercida. Por isso, a responsabilidade objetiva decorre da responsabilidade pública e será objetiva independentemente da atividade desempenhada: prestação de serviço público, exercício do poder de polícia" [...].

Luiz Antônio Soares Hentz fala que "além do dano moral e patrimonial, a prisão indevida gera um prejuízo especial e diferenciado, denominado de dano pessoal. Argumenta o referido autor que: Ao lado do dano patrimonial e do dano moral, suscetíveis de serem provocados por atividade pública ou privados em geral, existe outra espécie de dano, ante o previsto no art. 5°, LXXV, da Constituição brasileira de 1988". (SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES apud HENTZ, 2004, p.5).

Se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, frisa-se que não se faz necessária a demonstração de culpa ou dolo do Estado, portanto, deveras é incontroverso o direito daquele que for preso ilegalmente de ser indenizado na medida em que foi afetado pelo erro judiciário. Por fim, é interessante mencionar o Recurso Especial de número 505.3093, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que entende ser a responsabilidade do Estado objetiva. Vejamos:

> "Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito a indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva.
>
> CF, art.5.o, LXXV. C. Pr. Penal, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5.o,LXXV, da Constituição, já era previsto no art.630 do C. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37,§6.o, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5.o, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça". (RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.06.2007, DJ de 05.10.2007).

De acordo com o entendimento supramencionado, fica claro que a responsabilidade do Estado nos casos de prisão indevida é deveres objetivo, e por isso, deve aquele que

provar da injustiça ser indenizado sem o ônus de provar a culpa ou dolo, já que a responsabilidade do Estado é fundada no risco administrativo, sendo este responsável por seus agentes. É importante novamente ressaltar que a responsabilidade atribuída ao Estado tem a função de pôr fim ao erro cometido por este, na esperança de um julgamento justo para todos aqueles submetidos ao processo penal.

Como visto, a responsabilidade do Estado nos casos de condenação errônea está prevista legalmente, tanto na Constituição federal, como no Código Civil quando fala sobre a responsabilidade, que seria justamente o posicionamento do Estado decorrente de um erro cometido por ele ou um de seus órgãos. Neste assunto, é imprescindível a citação do artigo 927 do Código Civil vigente que dispõe acerca da obrigação de reparar um dano causado por um ato ilícito e sobre a culpa do agente:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Reparar o dano, qualquer que seja sua natureza, significa indenizar, tornar indene o prejuízo. O ideal que justiça é que a reparação de danos seja feita de molde que a situação anterior seja reconstituída. O objetivo da lei é minimizar as consequências do dano causado á terceiro por agentes no exercício de sua função. Ficando clara a responsabilidade do Estado, tem então que se falar acerca da indenização.

3 INDENIZAÇÃO

Prevista no Código Civil, a indenização trata-se de uma forma de reparação por um dano sofrido por alguém e que deve ser determinada por decisão judicial. Portanto, sabe-se que não é possível a indenização por justa vontade do agente. Deve-se obter uma decisão proferida por um juiz determinando e acolhendo o pedido do autor acerca do valor indenizatório.

Existem duas formas de reparar o erro judiciário, na primeira, quando essa reparação ocorre em tempo e impede que os efeitos do vício de manifestação sejam emanados e, na segunda forma, pela indenização, reparação incompleta. Incompleta, pois não restitui tudo o que foi perdido pelo erro judiciário. Em virtude da prisão preventiva, resta evidente que sua decretação, mesmo que lícita, traduz um gravame imensurável a aquela pessoa que posteriormente vai se reconhecer inocente. Entretanto, o erro do Estado ao privar alguém de sua liberdade mesmo que preventivamente, o gera a obrigação de indenizar, pois não existindo causa apta para a privação da liberdade de alguém, a prisão não é devida, impondo ao Estado o dever de indenizar, que no direito brasileiro tem amparo no art. 5°,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

LXXV da Constituição Federal de 1988, in verbis: "O Estado indenizar o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

O autor Pedro Lenza (2016, p.21), defende esse entendimento dizendo: "O estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficará preso além do tempo fixado em sentença. Prepondera o entendimento de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, senão nos casos expressamente declarados em lei". (STF RDA 114/298; RT 150/363; RTJ 64/689), vale dizer, nas hipóteses prescritas no art.49 da Lei Complementar n. 35/79, no art. 133 do CPC e no art.630 do CPP, tem sido o §2° deste último, na opinião deste autor, a despeito de posicionamentos em contrário, revogado por falta de compatibilização com o art. 5°, LXXV, da CF/88, que tornou incondicional a indenização por erro judiciário. O mesmo autor aborda o entendimento de Nelson Nery Júnior (2009, p.22) a respeito da indenização devida ao condenado:

> "Mais específica do que a garantia de indenização da CF, o art. 37, §6.o, aqui foi adotada a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral, de sorte que não pode invocar-se nenhuma causa de exclusão do dever de o Estado indenizar quando ocorrer o erro judiciário ou a prisão por tempo além do determinado na sentença. Entende-se que a revisão criminal prevista no artigo 630do Código de Processo Penal, está intimamente ligada à indenização pelo erro judiciário, pois determina que o Tribunal reconheça o direito à indenização do prejudicado, desde que por este seja requerida. Ainda, o mesmo Tribunal decidirá pela quantia da indenização devida ao condenado, que punirá o Estado pelo dano causado injustamente ao acusado que se verificará inocente, a fim de impedir, que novos erros possam voltar a serem cometidos por este, tendo em vista que a idéia é que este forneça justiça e não o contrário".

Para finalizar-se refletindo que a indenização, além de ter um caráter compensatório, deve-se ter um caráter punitivo, visando uma conscientização dos agentes públicos para não incorrerem em erros, que não somente privam a liberdade das vítimas, mas maculam de maneira quase irremediável sua honra e dignidade (de pessoa honesta e inocente), visando jamais submeter aqueles que não merecem a condição tão precária e degradante de vida. Além de passar por pressão social, exige muito mais que uma simples indenização do governo. O Estado deveria sim ajudar na ressocialização nos casos de condenação errônea e não se omitir sobre o assunto, já que todo constrangimento sofrido dentro e fora do sistema carcerário, mesmo em um mundo materialista, não podem ser reparados somente com a indenização.

4 CASOS ERRÔNEOS DE ERROS JUDICIÁRIOS BRASILEIRO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao redor do mundo há alguns casos que ficaram emblemáticos nas mídias e marcados na memória das pessoas. No Brasil, tem-se o caso de Heberson Lima de Oliveira, caso ocorrido na cidade de Manaus, preso acusado de estupro de uma menina de nove anos, em 2003, no Amazonas. A suspeita de Heberson é que ele teria sido apontado pelo pai da vítima devido a um desentendimento entre ambos, permaneceu 3 anos preso preventivamente, até a Defensora Pública Ilmair Siqueira ter visitado o mesmo na Unidade Prisional Puraquequara em Manaus, e acreditar em sua versão dos fatos. "A vítima desse erro judicial contraiu o vírus HIV após ter sido estuprado em sua cela, mais de 60 vezes, e foi liberto com a ajuda do Innocence Project Brasil". Neste caso completamente desumano tem-se também a parte cruel do Sistema Judiciário. "Mesmo tendo perdido 925 dias de sua liberdade, contraído um vírus incurável, o Estado alega não ter cometido nenhuma ilegalidade, porém, não houve flagrante e nem mesmo foi expedido um mandado de prisão". Desesperado por uma acusação tão séria, Heberson tentou no dia da sua prisão suicídio. (PRAZERES, 2020, online).

Verifica-se que o reflexo de um erro judicial vai muito além de uma privação de liberdade. Os problemas psicológicos e as consequências de tais atos são suportados por um único ser humano que não recebe apoio algum do Estado. É possível também verificar que tais erros são repletos de um racismo velado bastante presente no Poder Judiciário.

O caso de Heberson é repleto de falhas judiciais, contradição de testemunhas e um laudo médico extremamente objetivo incapaz de provar que Heberson havia mesmo cometido o crime. Após ter tido seu pedido de indenização negado pelo juízo de primeira instância, a vítima do erro judicial questionou se seria necessário expor suas partes íntimas para provar que foi vítima de estupro dentro do centro de inserção social. "Já em segunda instância a defesa de Heberson venceu por unanimidade e teve sua indenização fixada em R$135 mil". O governo do Amazonas então recorre ao STJ e STF por não concordar com o fato de ter que indenizar Heberson, "alegando mais uma vez que ele não havia sido vítima de estupro e nenhuma ilegalidade policial e que ele estaria aproveitando da situação para obter um enriquecimento injusto". Os recursos permanecem no STJ e STF desde o ano de 2016 sem previsão de análise". (PRAZERES, 2020, online).

Outro caso a ser tratado é o de José Machado Sobral, preso em setembro de 2007, o catador de papelão foi acusado de um homicídio que não cometeu e cumpriu pena por dois anos e meio. O verdadeiro assassino era alguém totalmente diferente de José, um homem branco de cerca de 40 anos, enquanto José passava de seus 70 anos e é negro: [...] Admitiu: "Eu não tinha ódio nem revolta dentro de mim. O ódio dentro de mim agora é terrível. Imagina ficar numa cadeira tanto tempo sendo inocente. Como você ficaria?" (BRAGA NETTO, 2019, p. 427).

Um erro totalmente inaceitável, não havendo nenhuma justificativa plausível para a confusão ocorrida entre José e o autor do crime, pessoas totalmente diferentes e sem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

relação entre si. Custou quase três anos da vida do catador de papelão que passou todo o tempo questionando-se o que fez para merecer tamanha penalidade.

O caso Cleber Michel Alves, preso por suposto ato de estupro contra uma menina de 13 anos, ficou encarcerado por três anos e meio, solto em abril de 2020, ele ainda tenta se acostumar com a vida do lado de fora do presídio. Cleber foi preso após ser acusado, por uma menina de 13 anos, de tê-la sequestrado e abusado sexualmente, mas o caso não terminou. Anteriormente, foi acusado por uma adolescente de ter cometido ato obsceno contra a mesma dentro de seu veículo, ao realizar as investigações a polícia fotografou-o e usando dessa foto questionou a suposta vítima de estupro que o apontou como autor do sequestro e estupro. Ele foi condenado e preso pelo crime, e três anos depois, amparado por uma ONG que luta pelos direitos dos condenados injustamente, o processo foi reaberto buscando novas provas que comprovem a inocência do réu. Ao abrirem as investigações, a defesa solicitou a quebra de sigilo telefônico para comprovar que ele não estava no local do crime na data do crime, o pedido foi atendido e a vítima intimada. Após a intimação, a vítima foi à promotoria e admitiu que toda a história era uma mentira, que não foi abusada pois estava com o namorado na data do fato, só então Cleber foi liberado.

O último caso, e talvez o mais absurdo ocorrido no Brasil é o de Marcos Mariano da Silva, o mecânico pernambucano passou quase 20 anos preso indevidamente, pelo cometimento de um homicídio que não teve nenhuma ligação. A questão é que o verdadeiro autor do crime se chamava Marcos Mariano Silva, um quase homônimo. Uma simples sílaba separava o inocente do culpado, mas o poder judiciário condenou o inocente por um erro inacreditável.

Depois de percebido o erro na condenação de Marcos ele foi liberado, após seis anos de reclusão indevidamente aplicada, foi consagrado com a liberdade novamente. Entretanto, sua liberdade durou pouco, menos de um ano depois, Marcos foi preso por policiais que o identificaram e entenderam erroneamente que ele estava foragido. Desta vez, Marcos ficou preso por mais 13 anos, e durante seu tempo na cadeia, durante uma rebelião de presos, foi atingido no rosto por estilhaços de uma bomba de gás lacrimogêneo, o que o deixou cego.

Casos como os expostos em tela mostram que ainda há muito que se lutar, que erros judiciais existem, mas que devem ser evitados a todo custo. A função de todo ser humano agora é se conscientizar que uma condenação errônea não só retira a liberdade de um indivíduo, que os danos sofridos são muito maiores e depende da sociedade, levantar sua voz para ressignificar o significado de justiça, já tão conturbado na sociedade. Justiça não é apenas para quem possui poder, justiça é para todos e todos devem lutar por ela.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As repercussões sociais estão intimamente ligadas às consequências jurídicas, começando pela instabilidade social gerada por uma condenação equivocada, que demonstra a fragilidade do Estado enquanto mantenedor da ordem social, uma vez que detém o *jus puniendi.* Logo, quando a representante estatal falha, automaticamente aponta aos cidadãos as mazelas existentes no sistema, o que gera a instabilidade e falta de confiança no poder do Estado. (NONATO, 2021).

CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto, compreende-se a importância do debate elencado no título as causas de erros judiciais como fator de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que carrega consigo algumas polêmicas principalmente em relação a suas consequências na vida daquele condenado injustamente e na reparação do dano causado. Tais erros afetam não só somente a liberdade do indivíduo, mas também a sua própria dignidade de ser. Gerando diversas causas de erros judiciais, ocorrendo como fator de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Infelizmente, para sociedade a pessoa é vista sempre como criminoso, ficando manchado pelo resto da vida, a injustiça é muito presente na sociedade atual. O princípio da dignidade da pessoa humana é assegurado a todo ser humano, apenas pelo fato de sua existência é sem dúvida o mais importante princípio da nossa Carta Magna, ao serem presos ilegalmente e submetidos a torturas, ameaças, a fome e a sede, e a situações vexatórias, esse princípio de suma importância acaba sendo violado a partir do momento que se submete um inocente ao sistema carcerário, retirando o direito à liberdade, o direito de ir e vir, ferindo a honra, golpeando cruelmente a dignidade da pessoa humana. Esse princípio tem o valor básico embasado de todos os outros direitos humanos, decreta uma prisão injusta e indevida, fere princípios constitucionais essenciais ao ser humano, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma.

Após o estudo destinado, se faz necessário observar se o estado pode ser responsabilizado, objetivamente, perante o erro judiciário causado a pessoas presas injustamente, mesmo quando um erro é descoberto, é difícil que o injustiçado obtenha indenização do estado? O objetivo é que o estado repare a vítima em face do equívoco do poder judiciário. Tendo em vista, que acarretam lesões a inúmeros direitos fundamentais, a situação está escrita no inciso LXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Assim, a análise, ao que diz respeito à responsabilidade do estado, na medida em que o judiciário priva um cidadão de sua liberdade, estará contribuindo de certa forma para que seus direitos fundamentais sejam lesados, o que representa uma situação ainda mais alarmante é revoltante, quando no caso de inocentes.

Observando alguns casos, podemos perceber que a condenações errôneas lesionam diversos direitos individuais de valores inestimáveis. Jogado em um ambiente de total hospitalidade, insalubridade e precariedade sem nenhum motivo aparente, ao que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

justificasse a prisão de um indivíduo, percebe-se que são inúmeros os direitos lesados, pior se tratando dos presos injustamente.

REFERÊNCIAS

HABIB, Sérgio, in **"O Julgamento de Jesus"**; Revista Prática Jurídica, Ano I, n.o 9 – 31-12-02, ed. Cônsules, pg. 18/22).

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o Processo Criminal brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro, RJ: Imprensa Nacional do Diário, 1857. E book.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Revisão criminal. 2a edição. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Erro do Judiciário**. Consultor Jurídico, São Paulo, SP, 13 mai. 1999. Disponível em: HTTPS://www.conjur.com.br/1999-mai-13/erro_judiciario. Acesso em: 19 mai. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** 1.ed. 3.tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. **"A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais"**. In Interpretação Constitucional. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2010.

CARNELÓS, G.; DIAS, M.; e LEONARDO, H. **Falta de critérios para abordagem policial é licença para abusos**. Ensaio. Jornal Nexo. 2020. Disponível em:

https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2020/Falta-de-crit%C3%A9rios-para-abordagempolicial- %C3%A9-licen%C3%A7a-para-abusos. Acesso em: 20 de março de 2021.

LOPES MEIRELLES, Helly: **Direito Administrativo Brasileiro**. 38a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 15a Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32a Ed. Revista e atualizada. Malheiros, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização da Prisão Indevida**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996.

SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES, Lenilma Cristina: **Responsabilidade civil do Estado por prisão ilegal**. Jus Navegando, Teresina, ano 9, no. 505, 24 nov. 2004. Disponível em: Acesso em: 26 de maio de 2021.

LENZA, Pedro (coord.). **Direito processual penal esquematizado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade Civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRAZERES, Leandro. **As 3 mortes de Heberson**. Disponível em:https//:www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberson.htm#as-3-mortes-deheberson. Acesso em 17 setembro 2021.

SALLES, Carolina. **Inocentes e Injustiçados**. Revista Jus Navigandi. 06 de 2016. Acesso em: 09/08/2021.

GOMES, L. F. **Reforma penal dos crimes sexuais**, 2012. Acesso em: 09/08/2021.

NONATO, Wendel Melgueiro. **O estupro e os riscos da condenação do inocente** baseada unicamente na palavra da vítima Conteudo Juridico, em 20 de setembro 2021.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Novo Curso de **Responsabilidade Civil**. Salvador. Editora JusPodium, 2019.

www.conteudojuridico.com.br

ABANDONO MATERIAL E AFETIVO: LIMITES DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS FILHOS EM FACE DOS PAIS IDOSOS

TÂMARA CRISTINA MACHADO VIANA: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário

SUELLEN LORRANA DE SOUSA BORGES

(coautora)

JOÃO SANTOS DA COSTA [104]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata dos limites da obrigação alimentar dos filhos em face dos pais idosos, ante o abandono material e afetivo. Tem como objetivo principal, analisar a combinação desses dois tipos de abandono como forma de afastar a obrigação alimentar. A pesquisa foi desenvolvida no âmbito do direito civil, pela perspectiva do direito de família, relacionando os princípios da solidariedade, afetividade e reciprocidade familiar. A problemática a ser enfrentada, consiste em verificar a possibilidade de afastar a obrigação alimentar dos filhos diante dos pais idosos, nos casos que se configure o abandono material e afetivo por parte dos pais. O estudo é relevante, tendo em vista que existe um número reduzido de pesquisas voltadas para esta temática, embora seja crescente o número de ações de danos morais decorrentes do abandono material, por outro lado, existem poucas pesquisas ou ações tratando do abandono afetivo, pois se trata de um tema novo nascido da jurisprudência. Portanto, pela falta de uma legislação específica que apoie regularmente os casos de obrigação alimentar. Tonar-se necessário debater a questão em causa, por esse motivo, esta análise se torna bastante eficiente, podendo assim, suscitar a curiosidade de outros pesquisadores.

Palavras-chave: Prestação Alimentícia, Afetividade, Família, Reciprocidade.

ABSTRACT: This article deals with the limits of the children's obligation to feed in the face of elderly parents, in the face of material and emotional abandonment. Its main objective is to analyze the combination of these two types of abandonment as a way to avoid the maintenance obligation. The research was developed within the scope of civil law, from the perspective of family law, relating the principles of solidarity, affection and family reciprocity. The problem to be faced is to verify the possibility of removing the obligation to feed the children in front of the elderly parents, in cases where material and emotional abandonment by the parents is configured. The study is relevant, considering that there is

[104] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS em parceria com o UNIFSA.

a small number of researches focused on this theme, although the number of moral damage actions resulting from material abandonment is increasing, on the other hand, there is little research or actions dealing with affective abandonment, as it is a new theme born of jurisprudence. Therefore, due to the lack of specific legislation that regularly supports cases of maintenance obligations. It becomes necessary to debate the issue in question, for this reason, this analysis becomes quite efficient, and may thus arouse the curiosity of other researchers.

Keywords: Provision of Food; Affection; Family; Reciprocity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O dever de prestar alimentos na disciplina das relações familiares. 2.1 As relações familiares: uma análise dos princípios regentes. 2.2. O dever de prestar alimentos: uma análise do conceito e dos efeitos no direito de família. 3. A afetividade como Principio regente das relações familiares. 3.1. O conceito de afetividade e sua base principiológica. 3.2. Abandono material e afetivo: critérios de definição e a repercussão nas relações familiares. 3.3. A repercussão do abandono material e afetivo no dever de prestar alimentos. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família passou por uma série de desdobramentos diante da evolução da sociedade, antes só era admitido à constituição familiar, pela celebração do casamento pelo Código Civil de 1916, que tinha como finalidade constituir unidade de produção, sem que houvesse nenhuma conotação afetiva, ou seja, fazendo esse comparativo ao Código Civil vigente, esse fator de constituição familiar se diverge a partir do momento em que a base necessária para formação da família é a questão afetiva, ampliando a forma de constituição familiar não só pela celebração do casamento. Dispõe acerca do assunto, Rodrigo da Cunha Pereira (2002, p.226-227): "a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela".

Desse modo, o artigo dispõe de dois capítulos, o primeiro que versa sobre o dever de prestar alimentos na disciplina das relações familiares, fazendo um comparativo a tríplice, direito, dever e obrigação na prestação de alimentos. Além da abordagem das principais características e princípios que norteiam o assunto no âmbito da legislação.

Entre os muitos princípios existentes no direito da família, será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio base do ordenamento jurídico, mas também os princípios da afetividade, princípio da solidariedade e da reciprocidade familiar, como norteadores da relação familiar. Posteriormente, o capítulo também destacará o entendimento acerca dos efeitos da prestação de alimentos no âmbito do Direito de Família.

Em seguida, o segundo capítulo será voltado para a importância da afetividade como princípio regente das relações familiares, além disso, será destacada sua base principiológica como fator necessário para se justificar a importância do afeto na relação familiar.

Logo depois, o assunto se voltará para o critério de definição e repercussão nas relações familiares em face do abandono material e afetivo, que são dois institutos bem diferentes, mas quando observados em conjunto, pode haver uma repercussão no que tange a prestação de alimentos.

Neste sentido, o abandono material ocorre justamente quando, o responsável deixa de prover sem justa causa a subsistência do filho menor. Em contrapartida, o abandono afetivo se configura quando é observada uma indiferença afetiva de um genitor em relação aos seus filhos.

Por fim, o número reduzido de pesquisas, e a ausência de legislação específica que regulamente uma limitação na prestação alimentar daqueles que sofreram com algum tipo de ausência material e afetiva em períodos de vulnerabilidade foi à justificativa para esta pesquisa acadêmica. Tendo em vista que, por se tratar de uma discussão nova, que ainda está em amadurecimento do ponto de vista acadêmico, poderá suscitar a curiosidade de outros pesquisadores.

Nesse sentindo, foram utilizados para meios de estudo do presente artigo, pesquisas bibliográficas, com abordagem dedutiva, fazendo-se uso de normas do ordenamento jurídico pátrio e doutrinas, como forma de pesquisas extensivas por falta de uma legislação específica.

2 O DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS NA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 As relações familiares: uma análise dos princípios regentes

Os princípios constitucionais possuem uma aplicação direta e imediata nas relações jurídicas, que são demonstrados e muitas vezes subentendidos, necessitando, por esse motivo, de uma interpretação do sistema constitucional adotado ou conseguem emergir de uma interpretação harmonizadora de certas normas constitucionais (LÔBO, 2018).

A Constituição Federal de 1988 amparou as transformações sociais da família brasileira, incluindo em seu texto, três eixos modificadores de extrema importância: A) igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres em um vínculo matrimonial, recriando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, (Art.226, I, § 5º); B) igualdade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

absoluta dos filhos, independentemente da origem e veto de qualquer forma de discriminação (Art. 227, § 6º); C) e a multiplicidade de modelos familiares (Art. 226, §§ 1, 3 e 4). Não foram acatadas as disposições do Código Civil de 1916, que distinguia homens e mulheres, filhos ou modelos de família para a proteção do Estado (CARVALHO, 2018).

Em meio a inúmeras fontes do Direito, é nos "princípios" que se encontra a viabilização para a conformidade da justiça no campo do direito de família. Só a partir de princípios é possível pensar e estabelecer o que é justo e injusto, para além dos valores morais que costumam ser estigmatizados (PEREIRA, 2016).

A atribuição do aperfeiçoamento do Direito é exercida pelos princípios. Seu poder deve existir em toda a organização jurídica, incluindo o preenchimento das lacunas deixadas por diferentes normas. Além disso, eles ainda apresentam uma função sistematizadora:

> Sem os princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria (DINIZ, 1999, p.215).

Em razão da importância desta fonte do direito, alguns princípios vitais e básicos devem ser elencados pelo direito de família, caso contrário não será permitida a aplicação de direitos próximos ao ideal de justiça. Esses princípios baseiam-se na hermenêutica constitucional, que demonstra o mais claro espírito da ordem civil, ou seja, o espírito das leis civis e constitucionais (PEREIRA, 2016):

1. Princípio da dignidade humana (art. 1º, III).

2. Princípio da monogamia.

3. Princípio do melhor interesse da criança/adolescente (art.227).

4. Princípio da igualdade e respeito às diferenças (Preâmbulo, Arts. 3º, IV, e 5º, *caput*).

5. Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal (Preâmbulo, Arts. 3º, I, 4º, III, IV, e 5º, *caput*).

6. Princípio da pluralidade de formas de família (Art. 226, §4º).

7. Princípio da afetividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

8. Princípio da solidariedade (Preâmbulo, art. 3º, I).

9. Princípio da responsabilidade.

10. Paternidade responsável (art. 229).

No ordenamento jurídico brasileiro, existem princípios que são aplicados a todos os ramos do direito, como o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade e respeito às diferenças e os princípios específicos das relações familiares, onde são aplicados os valores sociais fundamentais. Dentre os princípios existentes no direito da família, concerne aqui destacar alguns princípios importantes para o estudo em questão, que serão descritos seguidamente.

A dignidade da pessoa humana é o centro da existência que é fundamentalmente comum a todas as pessoas humanas, como membros igualitários do gênero humano, estabelecendo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Kant (2007, p.77), dispõe da dificuldade em distinguir o que é valioso, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, o que não tem preço, o que não está disponível, o que não pode ser substituído. Ele expressa: "No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade". Desse modo, o princípio da dignidade humana é violado diante de toda ação, comportamento ou atitude que concretiza as pessoas, ou seja, equiparar as pessoas a coisas ou objetos utilizáveis (FERREIRA, 2019).

A solidariedade como categoria ética e moral projetada no mundo jurídico, implica em um vínculo afetivo racionalmente orientado, limitado e autônomo que compele à oferta de ajuda, a partir da semelhança mínima de certos interesses e objetivos, para manter as diferenças entre os parceiros na sociedade (RIZZARDO, 2019).

Quanto à reciprocidade dos alimentos, estipula o artigo 1.696 do Código Civil: "O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros" (BRASIL, 2002).

Nenhum princípio constitucional resultou em mudanças tão intensas no direito de família como o princípio da igualdade entre homens e mulheres, crianças e famílias. Romperam-se os princípios jurídicos da família tradicional, em especial os princípios da legitimidade, soma real da divisão entre sujeitos e sub-sujeitos de direito, de acordo com os interesses paternos fundamentais que defendiam, ainda que considerações morais e religiosas fossem justificativas aparentes (FERREIRA, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2 O dever de prestar alimentos: uma análise do conceito e dos efeitos no direito de família

Os alimentos são prestações devidas, já que eles representam o mínimo necessário para a subsistência do ser humano. O seu objetivo é permitir que o beneficiário, mantenha sua subsistência, cumprindo-se o direito à vida nos aspectos físicos, intelectuais e morais, sempre assegurando o bem maior, que é uma vida digna ao alimentado (GOMES; MAROTTO, 2018).

Conforme Mortani (2004, p.172):

> [...] os alimentos podem ser conceituados como toda prestação decorrente da lei, cumprida em dinheiro ou em espécie, onde o devedor garante o sustento do credor e o suprimento de suas demais necessidades, abrangendo moradia, vestuário, saúde e educação.

No que se refere ao direito aos alimentos, Bonfim (2017) destaca que o Estado, ao estabelecer as relações individuais, criou então o direito objetivo, regendo, de forma abstrata, o dever de fornecer alimentos àqueles que não podem ser autossuficiente. Se for verificada concretamente a presença da inviabilidade de prover esse sustento, para esta pessoa impossibilitada nasce o direito subjetivo aos alimentos.

No ponto de vista de Santos (2011, p.4), "é necessário fazer a distinção, primeiramente, entre alimentos e direito a alimentos, razão pela qual devem ser tratados desiguais, sendo que os alimentos têm significado, para o Direito, de um conjunto de bens e direitos, de natureza complexa, necessário à conservação da vida em sociedade daqueles que, por algum motivo, não podem prover por si mesmos".

As conjecturas legais para o dever da prestação de alimentos nas relações familiares, contido no art. 1.694, caput, do Código Civil, *in verbis*: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação". (BRASIL, 2002).

Os alimentos devem ser atribuídos com base nas necessidades do reclamante e na possibilidade da pessoa que deve ser fornecida. De acordo com o que dispõe o § 1º do art. 1.694 do Código Civil: "Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada" (BRASIL, 2002).

Consoante o que dispõe o artigo 1.696 do Código Civil, os alimentos deverão ser prestados de forma recíproca, ou seja, pais e filhos deverão ajudar uns aos outros quando necessário. No que concerne aos filhos, mais habitualmente na menoridade e no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

caso dos pais comumente na velhice, ao vivenciarem momentos de carência, enfermidade ou necessidade (BRASIL, 2002).

Portanto, os filhos têm o direito de requerer alimentos, mas também têm a obrigação de ajudar os pais na velhice. Em relação aos pais, quando atingem a velhice, a Lei do Idoso estipula que a família, a sociedade e o Estado devem ajudá-los, mas neste último caso, assisti-los (DIAS, 2016).

Corroborando com o que foi elucidado, as autoras Quaranta e Oliveira (2013, p.1) evidenciam a razão dos pais também poderem solicitar tal direito aos seus filhos:

> Não seria justo, por outro lado, que o ascendente, quanto atingisse uma idade avançada e não tivesse condições de prover o próprio sustento, não pudesse contar com o auxílio material dos descendentes. Nesse diapasão, antevendo esta possibilidade, o artigo 1.696 do Código Civil prevê que os filhos também devem alimentos aos pais, visto que a obrigação alimentar é mútua.

Destarte, o que conseguimos compreender é que na relação entre pais e filhos há o dever de respeito à solidariedade e reciprocidade na prestação de alimentos. Isto sugere que pais e filhos, em determinado momento da vida, irão necessitar do auxílio de um ao outro por meio da prestação de alimentos, baseado no princípio e axioma da solidariedade que transpõe as relações familiares. Entretanto, é sabido que, por diversos motivos, nem sempre estes princípios são respeitados nas relações familiares. Infelizmente, a estrutura familiar nem sempre é dominada por ambos os pais, assim como as pessoas responsáveis pelo fornecimento de alimentos nem sempre o fazem (FERREIRA, 2019).

De acordo com Dias (2016, p.552), a reciprocidade só poderá ser utilizada se respeitada bilateralmente:

> Ainda que exista o dever de solidariedade da obrigação alimentar, a reciprocidade só é invocável respeitando um aspecto ético. Assim, o pai que deixou de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar não pode invocar a reciprocidade da obrigação alimentar para pleitear os alimentos dos filhos.

As autoras Quaranta e Oliveira (2013) também sustentam o posicionamento de Dias, defendendo a possibilidade de relativizar a reciprocidade na prestação de alimentos ao mesmo tempo em que provam que os pais abandonam os filhos:

> No caso analisado neste trabalho, o direito de exigir está, portanto, diretamente relacionado com pretérito provimento daquele que o pleiteia. Assim, considerando ter o genitor descumprido os deveres

> inerentes ao poder familiar, não assegurando aos filhos inúmeros direitos aos quais faziam jus, como prestação alimentar e assistência moral e afetiva, descabe, posteriormente, pretender atribuir-lhes deveres e obrigações com fundamento, justamente, no dever de solidariedade que deixou de observar anteriormente (2013, p.1).

Mesmo que a lei não condicione a prestação de alimentos aos pais a sua "pré-prestação" ao filho, com base na boa-fé objetiva, uma parte da doutrina demonstra alguns pontos a serem questionados, como exigir que o filho cumpra com o dever que lhe foi negado. Nessa perspectiva Bezerra (2015, p.1) diz que:

> Louvável, seria atitude adversa de filho crescido em ambiente degradante, insalubre e torturador de sua moral e do seu sadio desenvolvimento por culpa de seus pais. Contudo, não seria passível de aplausos deixar de lhe conferir o direito de alegar o descaso e abandono que sofreu enquanto infante como forma de negação ao princípio da reciprocidade na obrigação alimentar mediante pleito alimentício postulado pelo genitor omisso.

Com isso, ao pleitear que os filhos cuidem dos pais, mesmo não tendo sido cuidado por eles durante a vida, não se estabelece que eles tenham amor e sentimentos por eles, e sim, que ofereçam assistência, direito assegurado a todos conforme o princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, devemos considerar a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, provindo sempre do pressuposto de que a confirmação da violação desse princípio tenha sido devidamente identificada.

3 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO REGENTE DAS RELAÇÕES FAMILIARES

3.1O conceito de afetividade e sua base principiológica

A grande necessidade de se observar os princípios norteadores específicos para o direito de família é a facilidade em organizar os pensamentos no aspecto jurídico, logo, os julgamentos feitos no ramo do Direito, poderão ser distinguidos em razão do entendimento ético e moral, fazendo com que exista uma finalidade próxima do ideal de justiça. (PEREIRA, 2016, p.40-41).

Com base nesse entendimento, passemos a definir o princípio da afetividade como elemento que agrega e inspira a família, por mais que seja um princípio não expresso, se encontra implícito constitucionalmente, pois é resguardando com base nele, uma comunhão de vidas e estabilidade nas relações afetivas (CARVALHO, 2020 p.166).

Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 consagrou o afeto como elemento de suma importância para entidade familiar e logo passou a ter um respaldo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

jurídico, "O afeto foi consagrado na legislação pátria como direito fundamental para garantir a dignidade de todos, embora à palavra afeto não esteja inserida no contexto da Constituição, a mesma assegurou o afeto como obrigação Estatal" (DIAS, 2005, p.66).

Conforme os ensinamentos de Dimas Messias de Carvalho (2020, p.176) "No momento em que esses afetos se exteriorizam e influenciam ações e omissões nas relações familiares, passam a ter consequências jurídicas e são reguladas pelo Direito". E é nesse contexto que o princípio da afetividade servirá como elemento normativo, que direcionará as condutas humanas dentro do ambiente familiar **(**CARVALHO, 2020 p.178).

O aspecto afetivo compreende também ao fator necessidade, pois a sobrevivência humana depende da interação do afeto, de acordo com Madaleno (2018 p.145) "É valor supremo, necessidade ingente". Nesse sentido, leva-se em conta a quantidade de processos que envolvem responsabilidade civil, pela ausência afetiva.

O princípio da afetividade, portanto, resulta basicamente dessa convivência no âmbito familiar de atos que são exteriorizadas de forma objetivas que demonstrarão o afeto familiar entre os integrantes, servindo para constituição e manutenção das famílias. (CARVALHO, 2020 p.180).

3.2 Abandono material e afetivo: critérios de definição e a repercussão nas relações familiares

O abandono afetivo vem ganhando força na jurisprudência brasileira, passando inclusive a ser visto como um dano passível de reparação/indenização. Esse entendimento passou a ser verificado, em razão das inovações que foram ocorrendo no âmbito do Direito de família e com a valorização que foi dada ao afeto nos meios familiares e sociais.

De acordo com o entendimento de Tartuce (2021, p.2026):

> Afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão *afeto* do Texto maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade.

Em relação à configuração do abandono afetivo, verifica-se a sua ocorrência, quando os pais deixam de cumprir com deveres inerentes ao poder familiar, principalmente na relação de cuidado, ou seja, ocorre, basicamente, quando há uma indiferença afetiva por partes dos pais em face dos seus filhos. Por esse motivo o "STF, reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar" (DIAS, 2015, p. 97).

Quanto ao assunto proposto, ressalta Cardin (2012, p.307):

> O instituto do poder familiar decorre do direito natural e pode ser definido como o conjunto de direitos e deveres que o ordenamento jurídico atribui aos pais, responsabilizando-os pela educação e administração dos bens dos filhos menores, sejam eles oriundos ou não do matrimônio, até atingirem a maioridade.

Com base nisso, verifica-se que o conceito de família decorre do afeto, pois este passa a ser considerado, elemento consagrador, portanto, passa a exigir que os pais tenham o dever de criar e educar seus filhos, sem que lhes falte o carinho necessário para a formação da sua personalidade. Haja vista, que a sua omissão pode acarretar consequências, pois o sentimento de dor e do abandono poderá refletir em suas vidas de forma permanente. Com isso, entende-se que a convivência dos pais com os seus filhos, passa a ser considerado não só um direito, mas sim um dever, tendo em vista, que não há um direito de visitá-los, mas haverá uma obrigação de conviver com estes filhos (DIAS, 2015, p.97).

Quanto às divergências acerca do assunto, existem julgados que entendem que não se pode falar no dever de indenizar em face do abandono afetivo, uma vez que os pais não são obrigados a amar seus filhos e a conviver com eles, sendo o amor uma faculdade e no caso de inobservância não haver ilícito, pois no caso do amor, este pode ser considerado uma mera faculdade, logo, entende-se que, o cuidado é um dever e não há possibilidade de escolher ou não cuidar de alguém.

Após explicar a sua forma de configuração, é válido mencionar que, da mesma forma que há um dever de cumprir com deveres inerentes ao poder familiar, conseqüentemente, haverá uma indenização como forma de reparação desse dever em casos de não cumprimento.

Sobre a responsabilidade, elenca Tartuce (2021, p.2014):

> É perfeitamente possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da CF/1988 e o art. 1.634 do CC/2002. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano à integridade psíquica.

Além disso, vale certificar que o afeto passou a fazer parte do rol de direitos da personalidade, no que tange aos princípios da solidariedade e princípio da dignidade da pessoa humana. "O afeto foi consagrado na legislação pátria como direito fundamental

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

para garantir a dignidade de todos, embora à palavra afeto não esteja inserida no contexto da Constituição, a mesma assegurou o afeto como obrigação Estatal" (DIAS, 2005, p.66).

Feito uma análise dos direitos que envolvem a personalidade, destaca-se o próprio direito a ter personalidade, que é a integridade psíquica, aquela que pode ser considerada como a mais fundamental do ponto de vista doutrinário, como sendo um instrumento constitucional utilizado para quando há violação a esses direitos a responsabilidade civil, que serve como garantia fundamental. Diante disso, é válido informar a "importância dessa comunicação afetiva para a rígida formação psíquica dos menores, cujos liames, se preservados, formam a base segura e imprescindível de sua sadia formação psicológica e moral" (MADALENO, 2018, p.489).

Passemos agora a analisar o entendimento acerca do abandono material, pois é um dos tipos de abandono que mais ocorre na relação familiar (CARDIM, 2012, p.355).

O abandono material se configura quando o responsável deixa de prover sem justa causa a subsistência do filho menor, deixando de proporcionar recursos necessários para a sobrevivência. Do ponto de vista doutrinário, é conceituado como a necessidade de suporte econômico para alguém que não tem condições de arcar com determinadas custas**.**

Neste sentindo, a lei penal quando cuida dos crimes contra a assistência familiar, tem como finalidade, proteger a manutenção da subsistência da família, no que tange ao aspecto moral e material, por esse motivo, o crime de abandono material tem previsão legal:

Artigo, 244 do Código Penal:

> Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo (BRASIL, 1940).

Destarte, dos crimes contra a assistência familiar, conforme os ensinamentos de Rolf Madaleno (2018, p. 1234): "Trata-se de um delito de pura omissão e de perigo em abstrato e o ilícito se configura mesmo quando a vítima tenha sido atendida materialmente pelo outro genitor ou se mereceu a caridade de terceiros."

Portanto, a ausência material ocorre quando há uma omissão na proporção dos "recursos necessários" para a subsistência, sem que haja justificativa para inobservância

desse dever, fazendo com que essa omissão acarrete consequências a quem precisa desse suporte e a quem não cumpriu com o dever, quer dizer que, o abandono material caracteriza-se pela simples omissão aos meios de subsistência.

Conforme os ensinamentos de Rolf Madaleno (2018, p.356):

> Há deveres que vão além da linha divisória do casamento ou da união de um casal, que tendo filhos, carrega na sequência da ruptura das núpcias o compromisso legal, moral e ético de seguir assegurando o sustento, a guarda e a educação dos filhos comuns.

Quanto ao abandono material, tem sido visto como "O dever de sustento ou de prover a subsistência material dos filhos compreende ao fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo mais que seja necessário à sua sobrevivência" (GONÇALVES, 2017, p. 502).

Por mais que tenha respaldo jurídico à reparação em face do dano moral e material, ainda existem divergências, em face da possibilidade de indenização pelo abandono material e afetivo, uma vez que resta dúvida principalmente ao tipo de reparação em relação à culpa. Haja vista, que, há uma necessidade de detalhar caso a caso para que se possa auferir ou não o grau de dano causado, para que se possa verificar a possibilidade de transformá-lo em indenização, sendo esta moral, no que tange o abandono afetivo, ou material, em face do abandono material.

Com efeito, por mais que a questão afetiva seja de suma importância na relação dos conviventes, não quer dizer que seja única situação que devemos observar. Pois para além da questão afetiva que trata do dever de cuidado na qual abrange toda essa questão não auferível economicamente, ainda vale destacar o aspecto material como outro fator que diferentemente do primeiro é passível de se auferir, referindo-se ao dever de sustento. "O dever de sustento ou de prover a subsistência material dos filhos compreende ao fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo mais que seja necessário à sua sobrevivência" (GONÇALVES, 2017, p.502).

3.3 A repercussão do abandono material e afetivo no dever de prestar alimentos

A constituição federal de 1988 assegura ao direito aos alimentos, um elemento essencial para se tiver uma vida digna, tendo como base legal, o princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar. Viver com dignidade nos remete a questão de sobrevivência, de acordo com o entendimento de Rolf Madaleno (2018, p. 1.144):

> Está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio mais adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho.

Ressalta-se, que, o direito aos alimentos está precisamente ligado ao amparo econômico das necessidades vitais da pessoa, para que o princípio norteador se faça valer, objetivando a manutenção da dignidade de quem esteja numa situação social mais vulnerável, envolvendo a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação e entre outros fatores (TARTUCE, 2021, p.2.377).

Vale destacar que da mesma forma que o afeto faz parte do rol de direitos da personalidade com base no princípio da dignidade da pessoa humana, não seria diferente com o direito aos alimentos pelo mesmo motivo, o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como pilar de todo ordenamento jurídico "Os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Inclusive, estão reconhecidos entre os direitos sociais" (DIAS, 2015, p.558).

A obrigação de sustento e de educação está inteiramente relacionada com a obrigação de prestar alimentos, que deve ocorrer de forma recíproca entre pais e filhos, além disso, esta obrigação de sustento, nada mais é do que o fornecimento de alimentos ao menor devido a sua incapacidade de prover o seu próprio sustento (CARDIM, 2012, p.97).

Quanto à obrigação alimentar entre pais e filhos, a constituição federal em seu artigo 229 determina a fundamental observância sobre a reciprocidade familiar entre pais e filhos, quando assegura o dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores, bem como os filhos maiores ajudar e amparar os pais na velhice, ou seja, deve existir a relação de reciprocidade (BRASIL, 1998).

Para além da conduta constitucionalista, o Código Civil também ampara a legitimação para requerer aos alimentos, e envolvendo a reciprocidade na relação no artigo 1.696: "o direito a prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros" (BRASIL, 2002).

Observa-se que o Código Civil aduz como característica da obrigação alimentar a reciprocidade, pois assim como aquele que vem a exigir determinada prestação alimentar, também poderá ter o mesmo direito a recebê-los (GAGLIANO; FILHO, 2016, p.697).

Por fim, considerando a parte que versa sobre a reciprocidade familiar, é valido mencionar a questão do presente devedor de alimentos que pode vir a ser no futuro um possível credor. Neste contexto, cabe ressaltar a necessidade de se observar os princípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

norteadores do Direito de família, pois ao passo em que os filhos precisam de amparo dos pais na infância, e estes deixam de cumprir com esses deveres inerentes ao poder familiar, se eximindo de cuidado, não poderá exigir do filho a reciprocidade no futuro.

4 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento desse trabalho, percebemos que este tema não recebe uma atenção especial pela legislação brasileira, sendo amparado por nossa Constituição Federal e em legislações infraconstitucionais diversas. Ao passo que não há uma legislação especifica que ampare determinada possibilidade.

Uma vez que a lei não prevê a possibilidade de relativizar a reciprocidade na prestação de alimentos, devemos nos voltar para os princípios norteadores do direito da família. No que se refere à questão dos alimentos, a prestação de alimentos entre familiares possui como orientação o princípio da solidariedade, o qual no cotidiano das famílias este princípio pode ser observado mediante o cumprimento dos deveres impostos pela lei na relação de parentesco entre sujeitos, não só pela imposição legal, mas também pelo sentimento de unicidade que envolve tal grupo.

Além desse princípio, é importante destacar que as relações familiares também são influenciadas pelo princípio da afetividade, visto que a família deixou de ter como base os vínculos inteiramente filiais e passou-se a considerar os vínculos afetivos.

Diante do contexto explanado neste trabalho, constata-se ser impossível o cumprimento devido dos deveres impostos pela relação de parentesco sem o respeito, a solidariedade e a afetividade. Abandonar o filho, deixando-o em desamparo, declara a concretização do total desrespeito a esses preceitos. Portanto, a partir do momento em que referidos princípios são violados, sem motivação ou fundamentos, o genitor omisso com seus deveres não poderá lançar mão dos direitos que foram negados anteriormente ao seu filho.

No contexto familiar, surge a figura jurídica do abandono material e afetivo, que se caracterizam quando os genitores deixam de cumprir determinados deveres inerentes ao poder familiar, abstendo-se de cuidado por ação ou omissão.

Concluímos com a verificação do abandono afetivo se tornando objeto de discussão judicial na atualidade, embora a maioria dos casos não tenha tido uma manifestação consolidada de mérito pelo supremo tribunal federal.

Razão pela qual se trata de um tema novo, nascido da jurisprudência, não amadurecido do ponto de vista acadêmico. Por esse motivo, existem divergências doutrinarias a cerca dessa possibilidade de afastar a obrigação alimentar dos filhos que foram abandonados de forma afetiva e materialmente na infância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Denilson Ribeiro. **O dever de prestar alimentos entre pais e filhos e as hipóteses que relativizam o princípio da reciprocidade.** 2015. Disponível em:https://denilsonbezerra.jusbrasil.com.br/artigos/246328091/o-dever-de-prestar-alimentosentre-pais-e-filhos-e-as-hipoteses-que-relativizam-o-principio-da-reciprocidade Acesso em: 29 set. 2021.

BONFIM, Cleideiane Araújo Ferreira Mendes. **Prática das ações de alimentos e direito de família**. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. 29. ed. São Paulo: Ridel, 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 29 set. 2021.

CARDIN, V. S. G. **Dano Moral no Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias.** 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25429/a-obrigacao-de-prestar-alimentos-entre-pais-e-filhos Acesso em: 29 set. 2021.

FERREIRA, Daniela Ribeiro. **A possibilidade de relativização da obrigação de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos nos casos de abandono pelo genitor**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Araranguá, 2019. Disponível em:

https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/7504/1/TCC%20DANIELA%20RIBEIRO%20FERREIRA.pdf Acesso em: 29 set. 2021.

FREDI, Camila Stefanello *et al*. **A reciprocidade na prestação de alimentos**. XXIII Seminário Interinstitucional de Ensino, Pesquisa e Extensão, 23 a 25 de outubro de 2018. Disponível em: https://home.unicruz.edu.br/seminario/anais/anais-2018/XXIII%20SEMINARIO%20INTERINSTITUCIONAL/Ciencias%20Sociais%20e%20Humanidades/Mostra%20de%20Iniciacao%20Cientifica%20-%20RESUMO%20EXPANDIDO/A%20RECIPROCIDADE%20NA%20PRESTACAO%20DE%20ALIMENTOS%20(7144).pdf Acesso em: 29 set. 2021.

GAGLIANO, P. S; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil:** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil 3: Esquematizado:** Responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4. ed. são Paulo: Saraiva, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

LÔBO, P. **Direito civil:** volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAROTTO, J. P.; GOMES, J. N. M. **A obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos e a indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar.** Monografia (Bacharelado em Direito) - Instituto de Ensino do Espirito Santo, Faculdade Multivix, Cachoeiro de Itapemirim, 2018. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/08/a-obrigacao-de-p-alimentos-entre-pais-e-filhos-e-a-indig-como-causa-de-escusabilidade-do-dever-de-alimentar.pdf&ved=2ahUKEwjVkYPGs9rzAhXWpJUCHTn7BKcQFnoECAQQAQ&usg=AOvVaw1PR3423Z6_23uz6CBocVm- Acesso em: 30 set. 2021.

MORTARI, Maurício Fabiano. **Curso de direito de família**. 2. ed. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

QUARANTA, Roberta Madeira; OLIVEIRA, Érica Siqueira Nobre de. **A obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos**: o dever de reciprocidade. Jus.com. br. 2013. Disponível em:

https://jus.com.br/artigos/25429/a-obrigacao-de-prestar-alimentos-entre-pais-e-filhos Acesso em: 29 set. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 10. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Teoria Geral do Direito civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Romualdo Baptista. **A tutela jurídica da Afetividade.** Curitiba: Juruá, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO E IGUALDADE: MULHERES NAS FORÇAS ARMADAS

LÍVIA CAMILLE DA SILVA BESSA: Graduanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: Este artigo descreve a composição por sexo das Forças Armadas brasileiras com base na do processo de incorporação das mulheres a eles. É analisado o que foi a adaptação das Forças Armadas a uma nova realidade social em que a cultura democrática da igualdade de oportunidades e respeito à diversidade são valores constitucionais de referência. Nesta análise, pode-se ver como o sistema simbólico sexo-gênero determina uma difícil integração dos militares na instituição de referência, como consequência de uma atividade muito distante do papel feminino tradicional, em um grupo onde o modelo cultural é masculino por tradição. O grande progresso quanto à igualdade formal e plena incorporação, sem esquecer os entraves sociais e culturais que impedem a integração total. Tal integração requer a intervenção de medidas de ações positivas que atuem sobre as barreiras sociais e culturais que o impedem.

Palavras-chave: Mulheres Militares; Incorporação; Integração; Medidas De Ação Positiva.

ABSTRACT: This article describes the gender composition of the brazilian armed forces based on the process of incorporating women into them. it analyzes the adaptation of the armed forces to a new social reality in which the democratic culture of equal opportunities and respect for diversity are constitutional values of reference. In this analysis, it can be seen how the sex-gender symbolic system determines a difficult integration of the military in the institution of reference, as a consequence of an activity far removed from the traditional female role, in a group where the cultural model is traditionally male. the great progress in terms of formal equality and full incorporation, without forgetting the social and cultural barriers that prevent full integration. such integration requires the intervention of positive action measures that act on the social and cultural barriers that impede it.

Keywords: Women Military; Incorporation; Integration; Positive Action Measures.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONTEXTO TEÓRICO, SOCIAL E CULTURAL. 2. O CASO BRASILEIRO EM UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA INTERNACIONAL. 3. MECANISMOS DE APOIO INSTITUCIONAL PARA INTEGRAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Contextualizado no quadro da sociologia militar, em relação à cultura e as relações cívico-militares, este artigo investiga a composição por sexo das às Forças Armadas brasileiras. Descreve a participação das mulheres nas Forças Armadas, em igualdade formal

com os homens, como uma das mais importantes experiências em organizações militares contemporâneas. Com algumas exceções, as mulheres foram proibidas de ingressar nas Forças Armadas brasileiras até meados do século passado.

No entanto, com um regime disciplinar geral para ambos os sexos, as mulheres militares de hoje desempenham tarefas idênticas, têm as mesmas responsabilidades e salários que os militares do sexo masculino.

Em poucos anos, o Brasil alcançou uma legislação igualitária no que diz respeito à integração da mulher, desenvolvendo melhorias de longo alcance, entre outras, na política que abriga a conciliação da vida familiar e profissional dos membros das Forças Armadas. Um regulamento completo foi desenvolvido em relação com bem-estar familiar.O processo de incorporação coincide com a evolução vivida pela sociedade brasileira desde a Constituição Federal de 1988 (CF) sobre a equalização de direitos, deveres e liberdades dos homens e mulheres, bem como com causas militares originadas pela escassez de candidatos e com a redução de quantitativo humano no serviço militar e o derivado profissional do Exército no final do século XX.

Diante da diminuição do número, não se poderia deixar de fora as mulheres. Medidas subsequentes, como redução dos requisitos de renda e integração de novos grupos sociais foram lançados após a profissionalização, para amenizar os problemas de recrutamento. A maior mecanização de exércitos que aplicam avanços tecnológicos também favorece a incorporação das mulheres às fileiras.

Diversas transformações sociais e militares condicionaram a adaptação às Forças Armadas brasileiras para uma nova realidade social, com uma cultura democrática crítica, onde a igualdade de oportunidades e o respeito pela diversidade são valorizados nos órgãos constitucionais de referência.

Desde o final dos anos oitenta do século XX, as Forças Armadas estão se adaptando, com maior ou menor dificuldade, a um novo conceito de profissão e seu papel na sociedade. A interação a sociedade civil do exército está, portanto, crescendo. A adaptação às mudanças sociais envolve inevitavelmente a elaboração de novas políticas de pessoal e novas normas jurídicas e sociais, de acordo com os novos tempos e contextos.

O Exército tem sido historicamente caracterizado por ser um sistema muito tradicional com uma estrutura rígida. Enquanto ambas as profissionalizações como a incorporação das mulheres nas Forças Armadas tem sido uma importante prerrogativa devido à mudança no perfil sociodemográfico dos militares. Atualmente, a sociedade assume a incorporação da mulher às Forças Armado normalmente, mesmo assim, apesar de estar passando por um grande processo de mudanças, a instituição passa por diversos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

valores que vão desde a sobrevivência de papéis de gênero tradicionais, aos valores emergentes de igualdade entre os sexos.

CONTEXTO TEÓRICO, SOCIAL E CULTURAL

Durante séculos, a instituição militar foi concebida como tipicamente masculina, e manteve as mulheres fora da guerra como sujeitos ativos. O Militar é uma ocupação historicamente repleta de estereótipos guardados por argumentos que despertaram no imaginário coletivo: a imagem do homem guerreiro versus mulher-mãe com discursos de natureza biológica e fisiológico, suportado pela menor capacidade física da mulher em termos de força (MARTÍN, 2009, p. 23).

A velocidade e a rapidez têm impedido a participação ativa das mulheres no combate. O militarismo associado à essência masculina, o homem forte e armado, em contraponto a mulher fraca e desarmada, fazia da guerra coisa de homem enquanto as mulheres participaram dela como "não combatentes", assumindo o cuidado com alimentação, mediação e regulação do conflito (BARDERA, 2009, p. 233).

A feminização ideológica de certas atividades e ocupações reproduz o papel tradicional de cuidados pessoais femininos tradicionais. No entanto, a "mística dos profissionais "está relacionado ao papel da objetividade, impessoalidade e competitividade associada à "mística do masculino" (MARTÍN. 2009, p. 28).

Diferenças biológicas têm sido usadas para representar as relações naturais de desigualdade assimétrica e social entre os gêneros. Tudo isso em uma contexto em que os processos de socialização das culturas patriarcais supõem um terreno fértil ideal para reproduzir papéis de gênero e valores tradicionais, de feminilidade pacífica e masculinidade autoritária, forte e ativa (BARDERA, 2009, p. 234).

Em um sistema simbólico de gênero e sexo que relaciona sexo a conteúdo cultural, valores culturais, baseados em valores e hierarquias sociais, a instituição de referência se identifica com o espaço público, da cultura masculina, cujos valores - osmilitares - afastam-se da esfera privada, típica de uma comunidade feminizada e inferior, na divisão social do trabalho, de acordo com o sexo (FRUTOS, 2009, p. 257). O acesso das mulheres ao espaço público é relativamente recente, assim como é sua incorporação às Forças Armadas. Este processo está diretamente relacionado com as mudanças produzidas no sistema de relações de gênero da sociedade brasileira, principalmente após a promulgação da CF de 1988. (OLIVA, 2005, p. 23).

Por outro lado, a importância de aptidões físicas marcantes para o combate, foi reduzido com o desenvolvimento da tecnologia militar. O aumento da mecanização e aplicação de avanços na tecnologia, faz om que a força bruta ser cada menos importante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

na profissão. Portanto, as limitações físicas das mulheres, em termos de força, deixam de ser relevantes graças ao progresso tecnológico (FRUTOS, 2009, p. 262).

A este respeito, a segunda metade do século XX é a chave no momento vivido pelo processo de incorporação e integração de mulheres em todos os exércitos. Com ritmos e intensidades diferentes, a incorporação é realizada na maioria dos exércitos, assumindo mudança social política de grande amplitude para a organização militar (BATTISTELLI, 1999, p. 19).

Especificamente, a incorporação de mulheres nas Forças Armadas brasileiras ocorre ao mesmo tempo em que ocorrem mudanças sociais importantes em termos da incorporação da inserção das mulheres no mercado de trabalho. No final da década de 1970 e início da década de 1980a do século XX, são apresentadas as primeiras auras de um processo de modernização no Brasil, com um cenário marcado por mudanças políticas de grande magnitude (KANTER, 2017, p. 156).

Uma mudança está se aproximando da generalizado de valores entre a população, dando lugar aos valores democráticos de acordo com a subsequente declaração constitucional de igualdade de oportunidades na CF de 1988. Previsto tal declaração, uma referência formal é feita aos direitos políticos pela primeira vez de forma bem mais efetiva no sentido de promover igualdade profissional e trabalho para as mulheres brasileiras, através da promulgação da CF/1988 (ALMEIDA, 2008, p. 1).

As mulheres têm os mesmos direitos que os homens para o exercício de todos os tipos de atividades políticas e profissionais, exceto referido ao Exército ou aos chamados trabalhos árduos, perigosos ou insalubres (MARTÍN, 2009, p. 33).

A incipiente modernização da situação social das mulheres brasileiras se reflete bem, na queda das taxas de natalidade e nupcialidade. Ao mesmo tempo, ocorrem mudanças importantes na estrutura do sistema educacional e na estrutura ocupacional fêmea. Paralelamente, o movimento feminista da segunda onda que, salvando a diversidade de posições, busca subverter a estrutura cultural patriarcal que havia sido tão forte nas décadas anteriores. Assim, os anos finais da década de setenta do século XX correspondem ao início de sucessivos avanços na situação da mulher, com a implementação do sistema democrático e aprovação da Constituição do Brasil, já o final dos anos de 1980 (OLIVA, 2005, p. 32).

A Constituição (art. 7) estabeleceu a igualdade de direitos perante a lei e a eliminação de toda a discriminação foi legitimada. Seguiram-se várias mudanças legislativas subsequentes, fazendo desaparecer leis discriminatórias. A transformação do estatuto jurídico das mulheres fez com que as situações tradicionais de desigualdade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

fossem superadas, modificando o contexto social de referência e suavizando gradualmente a divisão radical entre os gêneros (ADÃO, 2007, p. 2).

Nesse sentido, apesar do tradicional isolamento militar, as Forças Armadas têm se tornando cada vez mais permeável, deixando de ser alheio à realidade social mais imediata. Então, eles se juntaram à extensão dos direitos das mulheres que obrigam dar instituições para a mudança, permitindo a atuação ativa das mulheres (SEPÚLVEDA PERTENCE, 2009, p. 12).

Em seus primórdios, a incorporação feminina também colide com obstáculos culturais bem como com restrições legais que impedem a integração dos militares em determinadas posições e destinos. Atualmente, no entanto, não há diferenças formais por razão do sexo em termos de treinamento, destinos, tarefas ou responsabilidades (PHILIPPINI, 2016, p. 266).

A instituição está se adaptando gradativamente a essa incorporação, ajustando-se a partir de instalações e roupas, até mesmo mentalidades e costumes. Um ajuste difícil, dado o caráter masculino que por tradição a identifica, impedindo um desenvolvimento profissional do sexo feminino, normalizada e sem obstáculos (SIMONS, 2010, 462).

Em termos gerais, uma classificação tripla dos fatores pode ser estabelecida que afetam o processo de incorporação da mulher às Forças Armadas. Por um lado, distinguem-se as variáveis militares, relacionadas com a situação de segurança, nacionalidade, tecnologia militar; a proporção entre forças de combate e forças de apoio, estrutura da força e políticas de acesso militar (D'ARAUJO, 2003, p. 8).

Por outro lado, variáveis relacionadas à estrutura social, onde os padrões demográficos, características da força de trabalho, participação e segregação das mulheres, fatores econômicos e estrutura familiar. Finalmente, o terceiro fator de classificação refere-se a variáveis de tipo cultural, como a construção social de gênero e família, valores sociais no gênero e família, discurso público sobre gênero e valores em relação a com afiliação e equidade. Sobre o impacto da incorporação da mulher às Forças Armadas, há quem tenha acusado que a referida incorporação produz uma perda de eficácia nos exércitos (TAKASHASHI, 2002, p. 76).

Embora algumas análises a este respeito, afirmam que o funcionamento das unidades militares não tem sido degradado pela participação feminina, à medida que as mulheres desempenham suas funções são iguais aos homens e são outros fatores, como a qualidade do treinamento ou liderança, aqueles que influenciam sua eficácia. A consequência negativa de tal incorporação podem ser devido à natureza social e as tensões sexuais que podem ocorrer dentro de unidades e grupos mistos (SIMONS, 2010, p. 463).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Outros trabalhos argumentam que, mais do que um obstáculo, os militares em todas as posições do Exército com capacidades especiais próprias do sexo. Por outro lado, o discurso da igualdade e da modernidade, que vem de mãos dadas no feminismo institucional, está permeando a opinião pública nacional, como ocorrido anteriormente no contexto internacional, especificamente nos EUA, motivando um debate em favor da igualdade de direitos para as mulheres nas Forças Armadas (ARAÚJO, 2017, p. 101). Assim, a dificuldade de integração se deve ao desempenho de uma atividade distante do papel feminino tradicional, em um grupo que se manifesta claramente com relação a predominância de homens na profissão (FUNADA, 2018, p.3).

Uma profissão onde o modelo cultural masculino, em determinadas circunstâncias, permanece praticamente sem corroer, devido à influência dos estereótipos de gênero na estrutura diferencial das profissões (FUNADA, 2018, p. 4).

Como consequência, crenças e atitudes negativas persistem em torno das habilidades e qualidades femininas antes de certas atividades. Em todo caso, não sem dificuldade, a igualdade vem ganhando terreno (MARQUES, 2012, p. 30).

Porém, ainda existe resistência, principalmente da população masculina onde ainda sobrevive uma mentalidade tradicional em relação aos papéis de cada gênero (não apenas entre os homens que se referem ao trabalho que seus companheiros fazem, para seus benefícios de "armas femininas", mas também entre algumas mulheres que usam a "fraqueza" para obter privilégios no trabalho). Por outro lado, alguns militares acusam o tratamento recebido como mulher, e não como colegas de profissão (ROVINA, 2015, p. 19) .

O discurso dessas mulheres também mostra como elas percebem mais pessimisticamente suas chances de promoção, em relação aos seus pares. Em termos gerais, seu discurso reflete claramente a verve com que os militares vêm ganhando em respeito em situações discriminatórias. Que não para de supor esforço excessivo, estando sujeito a um ponto de vista muito exigente, devido ao fato de serem mulheres, como mostra a fala deste soldado pertencente à Tropa do Exército Brasileiro em entrevista concedida a Oliva (2005, p. 33): “se você é mulher tem que mostrar mais, tem que se esforçar mais”. Às vezes, elas são forçados a assumir comportamentos masculinos como processo de aculturação, para não seremignoradas pelas instituições. O que foi dito se reflete em expressões como as seguintes: “Eu estou fazendo trabalho de Macho” (OLIVA, 2005, p. 34).

A este respeito, Kanter (2017, p. 162) refere-se a minoria simbólica de mulheres, protegida em relação ao número de homens no Exército, delineando o álibi social através do qual os militares devem assumir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Também deve ser feita referência a situações de assédio dentro das Forças Armadas. Esta questão deve ser tratada com cautela, pois é, por um lado, vista com algum sensacionalismo por parte da mídia de massa, ou com sigilo por parte das próprias Forças Armadas, que tendem a ocultar para se defender de possíveis agressões do exterior (OLIVA, 2005, p. 37).

É verdade que nem todas as alegações de assédio são baseadas em fatos objetivos, embora ocorram em outras áreas ocupacionais da sociedade (ENLOE, 2010, p. 42).

Nesse sentido, a legislação militar inclui artigos que protegem contra a discriminação e exploração, violência de gênero, excesso de exercício de comando ou nas ações que supõem humilhação ou desprezo, mas não se referem a crimes e agressões ou assédio sexual. Isso não significa que eles fiquem impunes, uma vez que são julgados por leis civis (GOMES, 2012, p. 21).

Deve-se notar que o assédio nem sempre é sexual, mas os casos de assédio no local de trabalho ou abuso de autoridade nas Forças Armadas, são regidas por regras que estão incluídas na legislação civil e militar (OLIVA, 2005, p. 43).

Do exposto, vale destacar o grande progresso feito em relação à igualdade formal e à incorporação plena das mulheres às Forças Armadas. Embora obstáculos sociais e culturais ainda impeçam a integração total. O acesso total para mulheres como soldados profissionais foi alcançado (BARDERA, 2009, p. 237).

As medidas são dignas de nota que foram colocados em prática para facilitar essa inserção, lidando com questões, como as relacionadas com a reconciliação da vida familiar e militar ou as do assédio sexual no local de trabalho, entre outros (FRUTOS, 2009, p. 263).

O CASO BRASILEIRO EM UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA INTERNACIONAL

A incorporação total das mulheres nas Forças Armadas brasileiras é uma realidade. Da mesma forma, é comum falar de normalidade e integração ao se referir a esta incorporação. Mesmo não tendo nunca uma mulher no comando do Ministério da Defesa (MD), vem adquirindo um grande valor simbólico em nossa sociedade, atuando no imaginário coletivo (SEPÚLVEDA PERTENCE, 2009, p. 13).

Essa realidade é bem diferente daquela das mulheres que participaram do mundo militar como milícia ou em unidades auxiliares para a retaguarda. Em qualquer caso, a presença histórica das mulheres nas guerras não pode ser ignorada, mesmo quando elas se limitaram ao desempenho de um papel meramente testemunhal (KANTER, 2017, p. 162).

Nas competições, eles participaram de corpos auxiliares, tanto nos exércitos europeus como americanos, cuidando dos enfermos e feridos nas linhas de frente, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

não participando diretamente em combate. Embora, na Primeira Guerra Mundial, tenha havido uma primeira incorporação maciça de mulheres nas fileiras para o combate. Posteriormente foram desmobilizados mas logo exigido novamente, na Segunda Guerra Mundial, embora cobrindo tarefas de apoio, em saúde ou cargos administrativos, abastecimento ou na indústria de guerra (MARTÍN, 2009, p. 34).

Nem todos os países regulamentaram ao mesmo tempo, ou com os mesmos critérios, a incorporação das mulheres aos exércitos. Na década de 1930 do século XX a integração efetiva com a criação de um serviço estável em países como a Dinamarca, Reino Unido e México, enquanto em outros países continuam participando sozinhas nas tarefas auxiliares (OLIVA, 2005, p. 44).

A iniciativa da incorporação como combatentes de primeira linha foi adotada pela antiga União Soviética em face da necessidade de recursos humanos, nos anos de 1940. No final desta década, em 1948, a incorporação das mulheres para o Exército dos EUA, mas com algumas restrições (SEPÚLVEDA PERTENCE, 2009, p. 14).

Outros países seguem os exemplos anteriores, em anos sucessivos. O desenvolvimento legislativo, em todo caso, segue um processo lento. Cabe ressaltar que os Estados Unidos têm sido o país pioneiro na proposição de medidas para a integração das mulheres nas Forças Armadas. Este país é seguido por muitos outros países europeus. Em particular, a década de 1980 marcou a consolidação da situação para a Europa empreendida na década de 1940, com a incorporação das mulheres para o exército holandês, espanhol, polonês e sueco (BATTISTELLI, 1999, p. 39).

No Brasil, experiências esporádicas da presença da mulher no exército existem desde o tempo do império. De setembro de 1822 a julho de 1823, Maria Quitéria foi membro efetivo do denominado Batalhão dos Periquitos (DEFESA. 2017).

Mas apenas 121 depois, no ano de 1943, exatamente quando o Brasil adentrou a Segunda Guerra Mundial, as mulheres tiveram seu ingresso nas Forças Armadas de forma oficial. Participaram deste momento 73 enfermeiras, 67 delas enfermeiras hospitalares e 6 especialistas em transporte aéreo. Mas foi mais uma iniciativa do esforço de Guerra (DEFESA. 2017, p. 1).

Somente em 1992, foi permitido a incorporação de mulheres quando Escola de Administração do Exército (Salvador - BA) permitiu a matricula da primeira turma de 49 mulheres, através da realização de um certame de caráter público. Em 1996, 174 anos, Maria Quitéria foi finalmente reconhecida como das Forças Armadas Brasileiras (ROVINA, 2015, p. 25).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No mesmo ano o Exército finalmente instituiu o Serviço Militar Feminino Voluntário para Médicas, Dentistas, Farmacêuticas, Veterinárias e Enfermeiras, todas profissionais de nível superior. No mesmo ano foram incorporadas 290 mulheres voluntárias com profissionais de saúde do exercito brasileiro (ENLOE, 2010, p. 46).

Em 1997, 10 mulheres passaram a figurar nas fileiras do Instituto Militar de Engenharia - IME (Rio de Janeiro - RJ) que passaram a fazer parte do Quadro de Engenheiros Militares (QEM). No mesmo ano foram formadas a primeira turma de oficieis médicas, odontólogas, enfermeiras, farmacêuticas e veterinárias na Escola de Saúde do Exército - EsSEx (Rio de Janeiro -RJ) (GOMES, 2012, p. 28).

Em 1998, o Exército deu início ao Estágio de Serviço Técnico, para profissionais de nível superior não pertencesse ao setor de saúde. Foram incorporadas, então 519 mulheres entre administradoras de empresas, advogadas, contadoras, analistas de sistemas, engenheiras, professoras, arquitetas, e jornalistas (PHILIPPINI, 2016, p. 269).

No ano de 2001, a Escola de Saúde do Exército aceitou o ingresso de mulheres para participar do concurso público para o Curso de Sargento de Saúde. Assim a incorporação da mulher nas Forças Armadas do Brasil desenvolveu-se em um contexto social e tecnológico favorável à sua integração, apropriada para superar os obstáculos anteriores relacionados à necessidade de força física, bem como preconceitos sistemáticos (ADÃO, 2007, p. 2).

Especificamente, a profissionalização de 1996 também favoreceu esta incorporação no Brasil. Após a igualdade constitucional de 1988, o Exército brasileiro abriu suas portas para mulheres por intermédio de atos normativos. Estes atos regulamentaram o acesso das mulheres como profissionais, embora se limitando a certos Órgãos e escolas no começo (ALMEIDA, 2008, p. 5).

Um ponto importante neste processo é incorporação definitiva por partes das Forças Armadas do Brasil dos preceitos da para a igualdade eficaz entre homens e mulheres, a partir de 2003. Neste momento, a Carreira Militar, que representa um aprimoramento jurídico e material pela igualdade de tratamento, incluindo a questão da licença maternidade e conciliação do trabalho e relacionamento familiar (BARDERA, 2009, p. 249).

Esta evolução nas normas das Forças Armadas brasileiras foi acompanhada por mudanças importantes em termos de planejamento, preparação e organização na instituição. Houve muitos esforços de adaptação por parte de seus membros, também como mudanças na logística e infraestrutura, todas de grande relevância para habilitar o lugar que corresponde às mulheres, nas Forças Armadas (FRUTOS, 2009, p. 264).

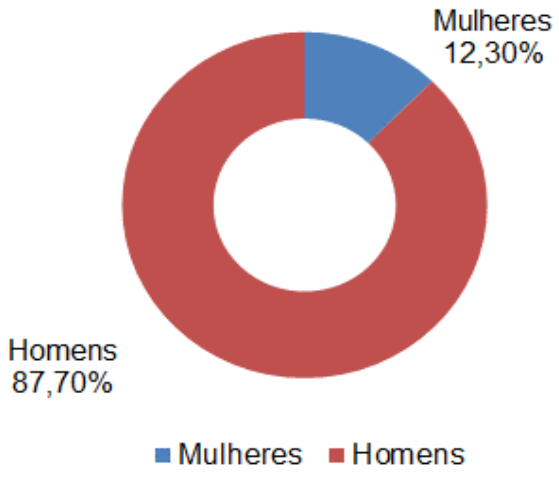
Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Do ponto de vista comparativo internacional, como na Espanha, também na Alemanha, Bélgica, Bulgária, Canadá ou Dinamarca puderam legislar para que a inserção das mulheres em seus exércitos é realizado sem restrições de qualquer tipo. Está situação, entretanto, não é comum a todos os exércitos. Alguns detêm restrições, seja de destinos ou de cargos a serem preenchidos pelos militares (KANTER, 2017, p. 163).

Já nos EUA, apesar de serem pioneiros na promoção de certas medidas de integração para todos o corpo militar e empregos, restringe a atribuição de mulheres a unidades de confronto, puxando-os para longe dos alvos terrestres para o combate corpo a corpo. Sobre em outros países, as mulheres têm acesso irrestrito às forças terrestres, mas seu acesso à Marinha ou Força Aérea é restrito; é o caso da Venezuela ou Peru. Países como Colômbia ou Equador restringem diretamente o avanço na carreira profissional a certas categorias (MARTÍN, 2009, p. 37).

No Brasil, atualmente não há limitações formais, ou reservas específicas para candidatas às Forças Armadas. As escalas são as mesmas para as mulheres do que homens, exceto para testes físicos, um pouco mais leves para elas, seguindo as orientações do MD que vem estabelecendo normas específicas para melhorar a integração dessas mulheres em termos de habitabilidade e uniformidade, cuidados com a maternidade e conciliação da família, relações pessoais e regime disciplinar. (BATTISTELLI, 1999, p. 56).

GRÁFICO 1 - Distribuição percentual das tropas nas Forças Armadas Brasileiras, por sexo, em 2017



Fonte: Elaboração própria com base em dados do Observatório Militar para a Igualdade, dezembro de 2017.

Consequentemente, nos últimos anos, o número de mulheres militares aumentou no Brasil. Segundo dados do Observatório Militar para a Igualdade, em Dezembro de 2017, a porcentagem de tropas nas Forças Armadas por sexo foi de 12,3% das mulheres e 87,7%, representados pelo gráfico a seguir.

MECANISMOS DE APOIO INSTITUCIONAL PARA INTEGRAÇÃO

As figuras de acesso e incorporação podem, em qualquer caso, ocultar uma realidade complexa quanto à integração e permanência das mulheres nas Forças Armadas. A integração não ocorre nos mesmos termos da inserção e a prova disso são as situações de queixas de assédio ou abuso por parte das mulheres como os casos de vítimas por depressão sofrida pelos militares na instituição (MARTÍN, 2009, p. 39).

Mudar as infraestruturas e as leis é mais fácil do que mudar a mentalidades. Ainda há colegas e superiores que não são favoráveis à presença de mulheres nas Forças Armadas. Da mesma forma, existem certas atitudes paternalistas da parte dos comandos, ou conflitos no assunto relacionado aos destinos, quando parece que as mulheres são enviadas em maior medida para destinos de tipo administrativo (OLIVA, 2005, p. 47).

Para aliviar algumas dessas deficiências, mecanismos foram colocados em prática de apoio institucional. Fundamentalmente, em termos das ações positivas que favoreceram a integração das mulheres ao Exército, vale destacar a criação de órgão em cada unidade militar para consultas relacionadas a questões de gênero e conciliação (SEPÚLVEDA PERTENCE, 2009, p. 15).

Este tipo de observatório foi criado como um órgão consultivo de análise que analisaria os processos de inserção e as situações de integração de mulheres nas Forças Armadas, para que a igualdade entre homens e mulheres, reconhecidas em termos formais, seriam eficazes. Assim, estes órgãos tinham com fulcro a igualdade e assim servir não só as mulheres, mas também ambos os sexos em questões como a conciliação da vida pessoal e profissional (SIMONS, 2010, p. 437).

Assim, novas regulamentações forma inferidas visando adaptar-se ao novo momento e, também alcançar maior agilidade no desempenho de suas competências e funções com base em uma estrutura institucional consolidada (D'ARAUJO, 2003, p. 13).

Esta forma foi apoiada por todo o governo brasileiro. Seu objetivo principal foi de facilitar a integração das mulheres nas Forças Armadas, trabalhando na regulamentação, assessoria, em estatística e treinamento (ARAÚJO, 2017, p. 110).

Entre as medidas de ação positiva implantadas, ocupa lugar de destaque os regulamentos especiais para militares, aprovado a fim de estabelecer medidas de flexibilização de horários, redução de dias para tutela legal e assistência, licenças pagas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

para conciliação e medidas concretas dirigidas às vítimas de golpes de violência de gênero (FUNADA, 2018, p. 8).

Nesta área a fratura que ocorre é grande entre o que é e o que deveria ser em torno dos valores da igualdade de gênero em relação às tarefas de cuidado. Formalmente, tem evoluído muito no sentido dessa igualdade, ainda mais favoravelmente do que na esfera civil. No entanto, a lacuna entre papéis tradicionalmente atribuídos às mulheres nas tarefas domésticas e o cuidado ainda é forte quando as tarefas associadas à maternidade e aos cuidados são dados domésticos continuam a ser atribuídos à responsabilidade feminina, assim como acontece na vida civil (MARQUES, 2012, p. 55).

Os residentes encontram as mesmas dificuldades e problemas familiares e sociais que o resto da sociedade, mas também a profissão militar tem algumas características que afetam ainda mais a organização familiar quando precisam de mobilização, localização geográfica, mudanças de destino e tudo o que isso acarreta. Da mesma forma, seria necessário a criação de um Projeto de Lei da Carreira Militar como um dos princípios básicos da igualdade de gênero na instituição (ROVINA, 2015, p. 45).

Outra medida de discriminação positiva foi adotada para o estabelecimento de diferentes testes físicos de acesso; a única diferença na aparência formal entre homens e mulheres na corrida de militares. A dupla escala é aprovada no período de treinamento. Existem várias, portanto, as ações positivas implementadas com o objetivo de intervir nos obstáculos que podem impedir uma participação equilibrada (ENLOE, 2010, p. 48).

Em todos os casos, as medidas de ação positiva procuram intervir nas barreiras sociais que impedem a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, para compensar as desigualdades sociais produzidas a partir das ações discriminatórias implícita ou explicitamente contra as mulheres (GOMES, 2012, p. 29).

CONCLUSÃO

Esta breve aproximação tentou delinear como a incorporação de mulheres para as Forças Armadas brasileiras. Pode-se dizer que a referida incorporação ocorreu em um contexto de transformação nacional e internacional, para um modelo de profissionalização das Forças Armadas.

As dificuldades de recrutamento de soldados e as prerrogativas determinantes da CF de 1988, determinou que as mulheres são um recurso essencial para a instituição. Outros fatores também favoreceram sua incorporação. Tanto a legislação progressista quanto as condições de trabalho e as condições econômicas estáveis oferecidas pelo Exército, diante de um mercado de trabalho cada vez mais flexível e precário, faz com que as Forças Armadas brasileiras representem um novo campo de trabalho para mulheres,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

onde as oportunidades de promoção se apresentam em igualdade formal de condições com seus colegas de classe.

A mecanização e os avanços tecnológicos também têm sido benéficos neste processo. Também foi enfatizado neste artigo que, uma vez conseguida a inserção de mulheres nas Forças Armadas brasileiras, ao contrário de outros países foi alcançado em sua totalidade, em todas as escalas e em todos os Corpos.

É necessário fazer um balanço da integração alcançada. Várias iniciativas legais foram inclinadas a essa integração. Embora, quando a resistência e as barreiras sobrevivem, os esforços devem continuar orientados para favorecer uma integração mais efetiva.

Pode-se dizer que hoje o Exército brasileiro conheceu, por um lado, os valores de igualdade, típicos destes tempos e resultados de legislação progressiva favorável à igualdade de oportunidades para os homens e mulheres, enquanto, por outro lado, exibe diretrizes claras para a prevalência de papéis tradicionais de gênero, ainda difícil de eliminar com medidas de caráter meramente formal.

Para uma integração efetiva, é essencial suprimir todos os tipos de discriminação no país baseada no gênero, baseada em iniciativas normativas e medidas de ação positivas que, de forma complementar, são lançados a partir dos poderes público.

Essas medidas devem atuar nas áreas às quais a lei deve ser focada na dimensão social e organizacional que abrange toda a aceitação dos militares com direitos e deveres iguais aos de seus colegas soldados, a fim de se conseguir uma integração plena na instituição.

É verdade que a igualdade jurídica é uma condição necessária para a igualdade real. No entanto, suas consequências não são imediatas. Diante disso, os as instituições que defendem a igualdade devem continuar a trabalhar na regulamentação do estabelecimento de medidas que facilitem a integração das mulheres militares sob fins de igualdade.

É necessário, em qualquer caso, avaliar o funcionamento e os efeitos de cada uma das medidas implementadas, com o objetivo de continuar a ajustar e adaptando-os às novas necessidades e demandas. É possível garantir a implementação de legislação igualitária.

O panorama oferecido reflete, portanto, que muito evoluiu em termos de formalidade, mas ainda há muito trabalho a ser feito para alcançar uma igualdade efetiva. A adaptação de mentalidades e costumes na instituição é essencial para que os esforços continuem a ser direcionados para uma maior tolerância e integração de todos os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

membros das Forças Armadas para a igualdade efetiva: esforços para eliminar qualquer obstáculo social ou cultural que o impeça, além da incorporação plena que já foi alcançada.

Finalmente, deve-se lembrar de que é o critério de mérito e esforço que coloca o homem na instituição ao considerar a promoção do militar. Sobre este sentido deve ser prudente e esperar alguns anos para ver se é alcançado uma equalização por sexo nas posições mais altas da hierarquia. O argumento temporal é geralmente recorrente para justificar a assimetria atual em termos de distribuição por sexo na hierarquia profissional.

Seria necessário perguntar, portanto, se o equilíbrio será alcançado quando houver tempo suficiente para promoção, uma vez que as mulheres ingressaram no Exército sem a mediação de estereótipos culturais discriminatórios para eles, profundamente enraizados e contraditórios com avanços formais.

Tem-se que esperar para ver. Será necessário comprovar, após o tempo necessário, se os militares têm acesso aos cargos de poder igual ao militar, ditado pela lógica meritocrático, sem a necessidade de encontrar mecanismos de exclusão em uma instituição que determina o acesso e promoção objetivamente.

REFERÊNCIAS

ADÃO, M. C. de O. A formação militar e a incorporação feminina: as dificuldades na ocupação de novos espaços. In: Associação Brasileira de Estudos de Defesa (ABED), 2007. Disponível em: <http://www.arqanalagoa.ufscar.br/abed/Integra/Maria_Cec%EDlia_de_Oliveira_A%E3o_12-08-07. pdf>. Acesso em 09 out. 2021.

ALMEIDA, M. R. d'Á. de. Contexto político-institucional do processo decisório sobre a admissão da mulher militar". In: II Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa (ENABED). Niterói, 2008.

ARAÚJO, C. J. A. quadro auxiliar feminino de oficiais: uma nova proposta. Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval, 2017. (mimeo).

BARDERA, M P. Perfil psicossocial das mulheres militares. Revista de Administração, Op. 222-251, 2009.

BATTISTELLI, F. As Mulheres e o Militar entre Antigas Dificuldades e Novas Potencialidades. Nação e Defesa, nº 88, 2º série, p. 45-70. 1999.

D'ARAUJO, M. C. Pós-modernidade, sexo e gênero nas Forças Armadas. SecurityandDefenseStudiesReview. ISSN:1533-2535, Volume 3 No. 1, Spring 2003. Disponível em http://www3.ndu.edu/chds/journal/index.htm Acesso em 12 de out de 2017.

DEFESA. Ministério. Mulheres se destacam nas Forças Armadas. Disponível em: < http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2017/03/mulheres-se-destacam-nas-forcas-armadas> Acessado em: 12 de out de 2021.

ENLOE, C. Women: The reserve army of Army labor, In: The Review of Radical Political Economics, 2010, 12:42-52.

FRUTOS, L. Igualdade e desigualdade entre os sexos nas Forças Armadas. pp. 253-284 in Militarywomen no EUA), editado por M. Gómez. Los Angeles, 2009.

FUNADA, C. ; Musuzaki, A. et al. direito de gênero nas Forças Armadas brasileiras, 2018. Disponível em : http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/Brasil3.pdf. Acesso em: 12 de out. de 2021.

GOMES, J. C. O corpo feminino no corpo de tropa: existe mulher militar? Anais do VI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa – ENABED, 2012, p.1832.

KANTER, R. M. Homem e mulher da Corporação. São Paulo: Livro Básico, 2017.

MARQUES JR, H. O corpo Auxiliar Feminino da reserva da marinha. Rio de Janeiro, 2012. Monografia. Escola de Comando e Estado-Maior do Exército.

MARTÍN, V. Mulheres nos exércitos, Revista do Exército Brasileiro, pp. 23-43, 2009

OLIVA, A. Debates da igualdade de gênero nas Formas do Brasil. Revista do Exército Brasileiro, pp. 15-60, 2005.

PHILIPPINI, R. A. de A.. Força aérea brasileira: mulheres, paz e segurança. 2016. 205 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Aeroespaciais) – Universidade da Força Aérea, Rio de Janeiro, 2016.

ROVINA, M. Perequine, D.; Souza, S. F. A Mulher Militar Brasileira: Conquistando Mares, Alçando Voos e Desbravando Terras. 2015. Publicação na Escola Superior de Guerra (ESG), Rio de Janeiro.

SEPÚLVEDA PERTENCE, J. P Vinte anos desde a incorporação das mulheres às Forças Armadas". Revista da Justiça, pp. 11-20, 2009.

SIMONS, A. Women Can Never Belong' in Combat". Orbis, 44, 3: 451-461, 2010.

TAKASHASHI, E. E. Homens e Mulheres em campo – um estudo sobre a formação da identidade militar. Mimeo, Tese de Doutorado em Educação. Unicamp, Campinas, 2002

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PAPEL DO ESTADO NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

GABRIELA GOMES DE OLIVEIRA: graduanda em Direito pela FAMETRO.

RESUMO: A pesquisa propõe averiguar o papel do estado na proteção da criança e do adolescente, fazendo uma análise histórica para melhor compreender como o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) fez com que um passado histórico legislativo questionável no qual crianças e o adolescentes não obtinham reconhecimento perante o estado e consequentemente não eram reconhecidas como seres de direito, transformou-se em uma das legislações mais avançadas do mundo, toda via, o Brasil ainda é um dos países aonde crianças e adolescentes ainda se encontram desprotegidos, principalmente no âmbito familiar. O objetivo deste trabalho é propor uma reflexão e apresentar soluções a respeito das falhas que o estado apresenta no combate e prevenção da violência contra a criança e adolescente dentro de casa, sendo esta instituição a principal entidade protetora desses menores, baseado em uma pesquisa com relatos cronológicos e relevantes de importantes acontecimentos que contribuíram para a criação e o avanço do ECA.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Violência. Criança e Adolescente. Prevenção.

ABSTRACT: The research proposes to investigate the role of the state in the protection of children and adolescents, making a historical analysis to better understand how the ECA (Child and Adolescent Statute) caused a questionable legislative historical past in which children and adolescents did not obtain recognition before the state and consequently were not recognized as beings of law, became one of the most advanced legislation in the world, however, Brazil is still one of the countries where children and adolescentes are still unprotected, especially in the family environment. The objective of this work is to propose a reflection and present solutions regarding the failures that the state has in combating and preventing violence against children and adolescents at home, with this institution being the main protective entity for these minors, based on a survey with reports chronological and relevant events that contributed to the creation and advancement of the ECA.

KEYWORDS: State. Violence. Child and teenager. Prevention

Sumário: 1. introdução; 2. Introdução aos direitos da criança e do adolescente; 3. Análise histórica; 3.1 Caso de Bernadino; 4 criações do Estatuto da Criança e do Adolescente; 4.1 legislação para proteger a criança e o adolescente; 5. Pandemia e a violência contra a criança e o adolescente; 6. Conclusão; 7. Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo apresentar o papel do estado e suas falhas na prevenção da violência familiar contra a criança e adolescente no âmbito nacional. A principal motivação para sustentar o presente projeto de pesquisa reside na importância que o tema possui para a sociedade atualmente, uma temática que aparentemente não recebe a atenção necessária para a seriedade que tem, crianças e adolescentes sofrem diariamente com a violência que ocorre no ambiente mais importante para a formação de um indivíduo em vários aspectos, a sua casa, atualmente 57% dos casos de violência contra crianças ocorrem dentro deste ambiente

A reflexão acerca da efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na proteção e prevenção das violências doméstica contra a criança e o adolescente é de urgente e extrema importância, uma vez que o Brasil possui legislação infanto-juvenil avançada, porém, as crianças e adolescentes do país se encontram desprotegidos. Segundo dados do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos em 2020 foram registrados 26.416 denúncias de violências contra a criança e adolescente, apesar de ser o menor número de denúncias desde 2011 ainda são proporções grandiosas, uma vez que, nem todos os casos de violência contra a criança e o adolescente são relatados, e de acordo com o advogado, especialista em direitos da infância e juventude e ex-conselheiro do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, a pandemia tem dificultado as notificações, por conta do fechamento das escolas.

"A subnotificação das denúncias acaba sendo um efeito colateral do isolamento social e da suspensão de aulas para conter as contaminações por Covid-19. A maioria dos casos são descobertos por meio das escolas, mas os educadores e cuidadores de creche costumam se preservar e fazer denúncia anonimamente no 'Disque 100' ou nos Conselhos Tutelares. As denúncias são em sua maioria de negligência, além dos casos de violência física, psicológica e sexual" - Ariel de Castro, para o jornal Folha de são Paulo, 10/09/2020.

Com o objetivo de atrair atenção para o tema, o trabalho apontará as falhas e incoerências do EAC, e como o estado pode trabalhar para que o estatuto da criança e do adolescente seja eficiente, ao mesmo tempo em que sugere modificações legais aplicáveis de forma realista.

2 Introdução aos direitos da criança e do adolescente

Desde o início dos tempos, o ser humano estabelece uma relação de domínio, sobre todas as coisas e até mesmo sobre pessoas, desconsiderando formas mais civilizadas de lidar com determinadas situações, consoante o pensamento das autoras da obra,

criança e o adolescente, a realidade velada e desvelada no ambiente escolar' de (2004, p. 20) uma alternativa para uma convivência mais harmônica seria o diligenciar as atitudes para que sua alteridade seja reconhecida com cuidado e respeito, fatores indispensáveis. Esta forma errônea de atuação reflete em diversas áreas na vida das pessoas, pincipalmente em seus comportamentos em perante a sociedade, mesmo que de forma imperceptível algumas vezes, à vista disso, percebemos que tais condutas tem uma forte influência na hora dos responsáveis educarem as crianças e/ou os adolescentes.

Em relação aos fatos apresentados anteriormente, esses vínculos que transpuseram no tempo são repassados com o decorrer da humanidade de formas mais brandas, por conta dos seus aspectos arcaicos e árduos que impedem uma relação harmônica entre os seres humanos, ocasionando na criação de leis para a proteção de diversas esferas, dentre elas, a proteção da criança e do adolescente.

3 Análise histórica

No Brasil as ações de assistência e proteção da criança e do adolescente iniciaram e época colonial, inicialmente com a chegada do projeto que nasceu em Portugal no ano de 1496, chamado" roda dos enjeitados", os primeiros lugares no brasil que aderiram essa pratica foram salvador no ano de 1726, e rio de janeiro no ano de 1738, tal mecanismo consistia em instituições caridosas aonde era deixas crianças cujo os pais não tinham condições de criar, sendo então a primeira resposta à necessidade de um programa contínuo de assistência para [crianças vítimas de abandono. Todavia, as crianças eram mantidas aos cuidados dessas instituições até os 7 (sete) anos de idade, após atingirem esta idade eram despejadas na rua, onde poderiam por eventualidade se agrupar e tentar sobreviver. Reconhecido então a importância da assistência, a medida foi regulamentada em lei, se tornando a principal forma de assistência infantil nos séculos 18 e 19.

O código criminal da república foi criado em 1890, que tinha como objetivo conter o aumento da violência urbana, a teoria utilizada era a da Teoria do Discernimento, a revista brasileira de Direito descreve; "Imputava responsabilidade penal ao menor de idade em função de uma pesquisa da sua consciência em relação à prática da ação criminosa, delimitando o juiz a sanção conforme o grau de consciência apresentado." LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena? 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 42.

Deste modo, as crianças entre 9 e 14 anos eram avaliadas psicologicamente e penalizadas de acordo com o seu "discernimento" sobre o delito que fora cometido, sendo submetidas a mesma pena de uma pessoa adulta ou poderiam ser consideradas imputáveis. Todavia, no dia 5 de janeiro de 1921, cria-se a lei nº 4.242 que estabelecia uma Idade mínima para responder criminalmente, a idade decretada era 14 anos, a lei também oferecia assistência e proteção para os menores considerados "menores abandonados" e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

"menores delinquentes", sua regulamentação foi em 1923 por meio de um decreto. A partir desse momento, os jovens considerados autores, que tenham participado de alguma forma para a execução de um ato criminoso ou contravenção, eram considerados "menores delinquentes", tornaram-se então imputáveis até atingir os 14 anos de idade, descartando a Teoria do Discernimento de 1890. O artigo 24 que regulou a lei 4.242 afirma:

> O menor de 14 anos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de espécie alguma; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punível e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e econômica dos pais, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva. Artigo 24 que regulou a lei 4.242. fonte: portal EBC-empresa Brasil de comunicação- cidadania, 13/07/2015.

3.1 caso de Bernadino

Em 20 de Fevereiro de 1926, o caso de Bernadino ganhou uma enorme repercussão por conta das atrocidades que estavam envolvidas no ato. Bernadino, um menino de 12 anos, negro e pobre, trabalhava como engraxate nas ruas do rio de janeiro, havia sido condenado por ter jogado tinta em um cliente que utilizou de seus serviços e saiu sem pagar, por conta da sua imaturidade devido a sua pouca idade o garoto foi levado e encarcerado em uma prisão juntamente com 20 adultos, local o qual permaneceu por 4 (quatro) semanas, durante o período que passou cumprindo sua pena o menino foi violentado pelos seus 20 companheiros de sela, e após atingir um estado lastimável foi levando para a Santa casa local aonde em seguida foi encontrado pelos jornalistas do Jornal do Brasil, os profissionais após ouvir o relato do jovem rapaz ficaram comovidos e publicaram uma matéria que gerou grande polemica, iniciando uma polemica discussão político-social muito polemizada, chegando até mesmo nas altas rodas do Congresso, Palácio do Catete, e enfim, na sede do governo federal. Neste contexto, Washington Luiz, o último presidente da "República do Café com Leite" outorgou no dia 12 de outubro de 1927 a lei de Assistência e Proteção aos Menores que ficou conhecida como “Código de Menores”, a primeira lei que realmente voltou os olhos à realidade vivida pelas crianças e pelos adolescentes que moravam no País, originando junto com a lei a data que atualmente comemoramos o dia das crianças.

O caso de Bernadino além de trágico, representou a passagem de fase crítica caracterizada pela mera imputação criminal para a fase tutelar, a qual foi estabelecido cabimentos importantes como: 18 anos como o limite etário penal brasileiro; aos menores de idade que cometessem alguma infração seriam atribuídas as medidas socioeducativas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No dia 26 de abril de 1976. por meio da lei estadual nº 985, vinculada à Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social, foi criada uma fundação estadual que fica responsável por garantir as medidas socioeducativas dos menores infratores e criar programas de atendimento à criança e ao adolescente em situação de risco pessoal e/ou social, conhecido como Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem). Essas intuições estavam sendo alvo de muitas denúncias por motivos violência, em consequência da forma que os jovens eram tratados no processo de ressocialização, que se mostravam ineficazes por conta de inúmeros problemas que variavam de fugas constantes até violência interna. outro caso que contribuiu para necessidade de um olhar mais crítico sobre o quanto os jovens estavam desprotegidos de seus direitos. Os debates novamente alcançaram grande níveis de relevância, em consequência disso em junho de 1975 e abril de 1976, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que tinha como objetivo a investigação dos problemas acerca da criança e do menor carentes do Brasil. O processo foi de extrema importância para que um novo Código de Menores fosse aprovado em outubro de 1979, código que oficializou no seu artigo segundo a vulnerabilidade econômica e social, autodenominada "situação irregular", momento de extrema importância, uma vez que o estado agora passa a se responsabilizar pelo menor.

4 Criação do estatuto da criança e do adolescente

Em 1988 no dia 5 de outubro o artigo 277 da Constituição Federal faz-se essencial para base de criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o artigo impõe a família, estado e sociedade o dever de assegurar os direitos da criança e do adolescente em uma esfera geral. O artigo 27 da CF/88 dispõe:

> "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.
>
> § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:
>
> I - Aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

II - Criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - Idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - Garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - Garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - Obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - Estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

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

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - O estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - O plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas." (BRASIL, 1988, artigo 227)

Em 1990 no dia 13 de junho após a aprovação do congresso nacional e publicação sobre lei federal nº 8069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado, considerado um marco legal, que foi atingido graças as polemicas discussões, reinvindicações e ações de movimentos sociais que lutavam para defender a ideia de que a criança e o adolescente eram sujeitos passiveis de direito que merecem admissão a cidadania e proteção. Posteriormente, no dia 2 de setembro de 1990 o Brasil, com a intenção de assegurar mundialmente os direitos da criança e do adolescente, assina a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, tratado aprovado no dia 20 de novembro de 1989 pela Organização Das Nações unidas (ONU).

Atualmente o ECA completou 25 anos de existência no dia 13 de julho, e apesar de conter leis excelentes, e ser considerado uma das primeiras a contemplar a proteção integral e os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente e, ainda por cima tem ajudado muitos menores desde sua aprovação em 1990, entretanto, o ECA apresentou algumas falhas com o passar dos anos, e o principal fator foi a mudança de governo e a negligência do estado, até mesmo o contexto pandêmico vivido atualmente. O estado, pelo fato de não seguir adequadamente o que diz o estatuto e não dar a prioridade necessária para os fatos ocorridos diariamente com os menores, acaba cometendo graves falhas no combate a esse tipo de violência.

O advogado, especialista em direitos da infância e juventude e ex-conselheiro do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), Ariel de Castro, em uma reportagem promovida pelo G1 são Paulo, aponta que o fechamento obrigatório

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

das escolas, ou entidades semelhantes por conta da pandemia pode ter interferido na diminuição das denúncias, por conta de a escola ser uma grande aliada na luta contra esse tipo de violência:

> A subnotificação das denúncias acaba sendo um efeito colateral do isolamento social e da suspensão de aulas para conter as contaminações por Covid-19. A maioria dos casos são descobertos por meio das escolas, mas os educadores e cuidadores de creche costumam se preservar e fazer denúncia anonimamente no 'Disque 100' ou nos Conselhos Tutelares. As denúncias são em sua maioria de negligência, além dos casos de violência física, psicológica e sexual (Ariel de Castro, g1, são Paulo)

No brasil em 2019 dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes, um aumento de quase 14% em relação a 2018, segundo uma pesquisa apresentada no G1 são Paulo

> 86.837 denúncias relacionadas a crianças e adolescentes no país em todo o ano de 2019, aumento de 14% em relação a 2018. As principais violações foram negligência (62.019), violência psicológica (36.304), violência física (33374) e violência sexual (17.029). Por Bárbara M. Vieira, Marina Pinhoni e Renata Matarazzo, G1 SP — São Paulo 10/09/2020.

Ao decorrer do tempo ocorreram inúmeras mudanças a respeito da legislação que garante os direitos da criança e do adolescente, embora o ECA seja uma legislação consideravelmente completa ocorre que não consegue por falhas humanas e jurisprudenciais de fato proteger esses menores.

Embora o sistema familiar tenha sofrido muitas mutações ao passar do tempo, ainda é muito comum atualmente a violência doméstica, perpetuada através do tempo, oclusa por partes dos profissionais que muitas vezes não dão a devida atenção aos pedidos de ajuda, ignoram sinais de comportamento que os menores vítimas de violência apresentam , e ainda menosprezam notificações ou denúncias que chegam até eles, este fatídico fato ocorre pois a instituição familiar é considerada uma instituição “privada” e nada que acontece dento desta diz respeito a terceiros.

A magistrada Dora Martins afirma, que não é dever somente da família ser responsável pelas crianças e adolescentes, entretanto, é o local mais importante por ser o primeiro ambiente a garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, além da família, a sociedade e Estado também devem atuar para garantir e permitir o exercício dos direitos da criança e adolescente.

> A família, na qual nasce a criança, é o local primeiro onde tais direitos devem ser plenificados e atendidos. Receber cuidados, afeto e educação é ônus, e prazer, de pais e mães de que decidiram trazer um filho à luz. Em seguida, à sociedade, à comunidade da qual faz parte a criança, cabe também zelar pelo bem-estar dela. E, ao Estado incumbe cumprir sua parte, propiciando às crianças e adolescentes, como sujeitos de direito e cidadãos, o exercício e garantia de direitos, tais como: acesso à escola, à saúde, ao lazer, a uma vida digna, afastada da violência, de qualquer tratamento desumano ou vexatório. (Redação do Migalhas, Atualizado em: 9/7/2015 17:12)

A violência doméstica é a violência, explícita ou velada, ocorrida no seio familiar, partindo do abuso físico e/ ou psicológico dos pais, biológicos ou adotivos, por aquele que possui a guarda da criança ou até mesmo indivíduos próximos à criança, aduz Cavalcanti (2005). Esta violência pode ser desencadeada por inúmeros fatores, como por exemplo para ser utilizada como medida educativa que os responsáveis usam quando o menor age da maneira considera inadequada, os tipos de violências associadas muitas vezes a "castigos" ou punições acorrem de maneira exacerbada, causando danos físicos, morais e psicológicos para a criança e/ou o adolescente. para Paula e Faleiros (2008) muitas das agressões e violências praticadas por pais ou responsáveis contra filhos, crianças e adolescentes são, em geral, justificadas como medidas educativas utilizadas como meio de correção.

Formas de castigos moderadas muitas vezes desconsideradas, segundo Silva (2002, p.160) o castigo imoderado é o castigo físico ou corporal, que é infligindo à pessoa, de maneira cruel ou incontida, tomando, assim, não o caráter de um corretivo, que é da índole da punição, mas, de uma tortura, do excesso ou do desmedido da ação punitiva. A desconsideração do castigo moderado faz com que os responsáveis coloquem em risco a saúde física e mental da criança ou do adolescente, as formas mais violentas de castigos ferem o Jus Corrigendi, que consiste no direito atribuído aos pais de corrigir seus filhos de maneira moderada, sem que haja prejuízos morais ou físicos.

Devido à alta demanda de casos em que esse poder era exercido de forma imoderada, um projeto de lei foi apresentado a Câmara de Deputados em 2003 pela Deputada Maria do Rosário, não prosseguindo a tramitação. Posterior, o Projeto Lei 7.672/2010 foi levada à apreciação na Câmara dos Deputados, enviada pelo Executivo em 2010. Tendo sua aprovação em dezembro de 2011, em Comissão Especial na Câmara dos Deputados, que tem como relatora a Deputada Teresa Surita. Tal lei visa proibir castigos físicos às crianças e adolescentes pelos pais ou responsáveis. fazendo emendas ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, que já fazia referências aos "maus tratos", mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

agora e lei dá ênfase ao castigo físico como "ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso de força física que resulte em sofrimento ou lesão".

Considerada uma instituição responsável por promover a educação dos filhos e influenciar no meio social, A família torna-se o vínculo principal de onde são transmitidos os valores morais e sociais que deverão de base para a educação da criança e do adolescente. Este poder designado a família é o conjunto de direitos e deveres concedidos aos responsáveis pelo Estado, dando àqueles que o desfrutam o dever de criar, educar, alimentar, e proporcionar aos filhos um desenvolvimento sadio, possuem o direito de corrigir seus filhos através do jus corrigendi, tal ordem consiste no direito atribuído aos pais ou responsáveis, que detêm a guarda da criança ou adolescente, de corrigir, disciplinar e educar. É dever dos pais ou responsáveis proteger, cuidar e educar a criança e o adolescente, tentando ao máximo evitar qualquer espécie de violência doméstica. E ao Estado fica o dever de assegurar todos os direitos da criança e do adolescente, impedindo a violação em seus direitos e qualquer tipo de abuso A violência doméstica contra menores pode ser causada por fatores externos, políticos, sociais e morais que ocorrem dentro da família. A violência doméstica inclui o abuso perpetrado por pais e parentes de crianças e jovens, incluindo o abuso por parte de qualquer pessoa, sejam crianças ou jovens culpados. Esse tipo de tortura ocorre em várias dimensões, sendo classificada como física, sexual, psicológica, negligência, trabalho infantil e maus-tratos.

4.1 legislação para proteger a criança e o adolescente

A promulgação de legislação para proteger crianças e jovens de castigos corporais foi acordada entre o Brasil e a Organização das Nações Unidas (ONU) de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Nações em 20 de novembro de 1989. a Lei da Palmada foi aprovada em Comissão Especial na Câmara dos Deputados, que teve como relatora a Deputada Teresa Surita, em dezembro de 2011.

5 Pandemia e a violência contra a criança e o adolescente

Com o início da pandemia em 2020 por conta do coronavírus fez com que o índice de violência doméstica contra a criança e o adolescente aumentasse, devido aos fechamentos das escolas e delegacias, a pesquisadora associada ao fórum brasileiro de segurança pública Sofia Reinach afirma em sua pesquisa;

> No que diz respeito às crianças e adolescentes, essas mudanças envolvem a suspensão das aulas presenciais, diminuição da frequência em diversos serviços da rede pública, mais tempo em casa com pais e cuidadores, entre outros. Por outro lado, delegacias foram fechadas ou o período de abertura reduzida e demorou algum tempo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> para que as autoridades regionais promovessem adaptações que garantissem o adequado registro das ocorrências. As estatísticas de crimes violentos apresentadas aqui traduzem um pouco da complexidade desse momento. Por um lado, apresentaremos o retrato de como se comportaram os índices de violência, por outro, a dinâmica de realização de registros também se alterou. Portanto, a análise dos dados requer cautela e atenção aos diversos fatores envolvidos no cenário criminal brasileiro de 2020. (Sofia Reinach, Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p.226)

A pesquisadora destaca ainda os índices de morte causadas por violência no brasil;

> Conforme demonstra o 15º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2020 foi um ano em que, apesar das medidas de isolamento social, apresentou um aumento de 4% das mortes violentas em todas as idades e, ao tratar de crianças e adolescentes, essa realidade também se apresentou. Em 2020, ao menos, 267 crianças de 0 a 11 anos e 5.855 crianças e adolescentes de 12 a 19 anos foram vítimas de mortes violentas intencionais. Ou seja, trata-se de 6122 crianças e adolescentes que morreram por causas violentas. Se comparado ao ano de 2019, esse número significa um aumento de 3,6% nas mortes violentas, sendo que o grupo etário de 0 a 11 anos apresentou aumento de 1,9% e o de 12 a 19, aumento de 3,6%. Há mais de dois anos, portanto, que morrem 17 crianças e adolescentes por dia no Brasil. A cada duas horas que passam, pelo menos, mais uma dessas vidas se perdem. Ao analisar as taxas agregadas de vítimas de 0 a 19 anos, é possível verificar uma clara desigualdade regional. As maiores taxas de MVI de vítimas de 0 a 19 anos estão em estados do Nordeste e Norte – que acumulam as maiores taxas de letalidade violenta na última década - e os estados com piores taxas por 100 mil habitantes de mortes de crianças e adolescentes são Ceará (27,2), Rio Grande do Norte (20,9), Sergipe (20,6) e Pernambuco (20,3). (Sofia Reinach, Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p.226, 227)

É inteligível que as escolas assim como outros ambientes tanto particulares quanto públicos são de extrema importância para o combate e prevenção desse tipo de violência, o estado também desempenha um papel importantíssimo, porem, o estado encontra grandes dificuldades em controlar tal problemática por conta do fato ocorrer em uma ambiente privado familiar.

6 CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Pelo presente estudo, podemos concluir com base nas abordagens conceituais sobre o papel do estado na prevenção da violência familiar contra a criança e ao adolescente, é evidente o ECA é uma legislação completa, que garante devidamente todos os direitos dos menores que moram no brasil, porém, a grande questão é a sua ineficácia na hora de exercer o que nele está escrito, influenciando diretamente na violência doméstica de inúmeras de crianças e adolescentes. É nítido que atualmente este problema ainda é de grande relevância, em razão do aumento considerável nos índices de maus tratos que aumentaram durante a pandemia do coronavírus, medidas mais eficazes precisam urgentemente ser tomadas.

Algumas soluções para sanar este problema são, melhorar o acesso a serviços de apoio de qualidade nas áreas de saúde, bem-estar social e justiça criminal para todas as crianças que precisem deles. O incentivo aos pais para o acompanhamento com psicólogos para que eles possam saber lidar tanto com suas razoes pessoais, mostrando-lhes valores que promovam relações não violentas, mais acolhedoras e mais respeitosas com equidade de gênero, melhorando então as suas relações familiares, uma vez que, adultos bens instruídos e bem resolvidos com seus problemas são capazes de dar uma educação e um suporte mais adequado e qualificado, prevenindo a longo prazo este tipo de violência.

Outra opção seria melhorar o ambiente escolar tornando-o mais estimulante por meio de palestras e aulas que mostrem para a criança e o adolescente como denunciar e como lidar diante de casos de castigos exagerados e episódios de muita violência, tornar a escola um lugar mais seguro e com amparo de profissionais da aera de saúde, com profissionais aptos a receber os jovens que necessitem de seus cuidados.

Por fim, assegurar a implementação e o cumprimento das leis para que se possa sanar ou tentar evitar ao máximo que cheguem a situações extremas, que possam ocasionar fatalidades gravíssimas.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Acesso em dia 1 de junho de 20121.

BRASIL. **Lei nº 4.439**, de 27 de outubro de 1964. Lei de responsabilidade penal da criança e do adolescente menor de 14 anos. Brasília, em 27 de outubro de 1964; 143º da Independência e 76º da República, acesso em 05 de junho de 2021.

CASTRO, Ariel. Denúncias de violência contra crianças e adolescentes caem 12% no Brasil durante a pandemia, G1 são Paulo, 10/09/2020 06h00, https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/09/10/denuncias-de-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-caem-12percent-no-brasil-durante-a-pandemia.ghtml. Acesso em 25 de junho de 2021.

DESIDERI, Leonardo. Estatuto da Criança e do Adolescente faz 30 anos: o que ainda precisa ser aprimorado, Gazeta do povo, Brasília 03/03/2020 21:08, https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/eca-30-anos-estatuto-crianca-mudancas/. Acesso em dia 03 de agosto de 2021

ECA ainda precisa ser efetivamente aplicado, https://www.migalhas.com.br/quentes/223270/eca-ainda-precisa-ser-efetivamente-aplicado, Por: Redação do Migalhas, Atualizado em: 9/7/2015 17:12. Acesso em dia 10 de agosto de 2021.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena? 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 4. Acesso em dia 13 de agosto de 2021.

RAGO, Maria Eduarda Costa e CARVALHO, Maria clara Soares Pereira. Caso do menino Bernardino é marco histórico na evolução da Justiça Juvenil, Revista **Consultor Jurídico**, 2 de maio de 2021, 6h03, https://www.conjur.com.br/2021-mai-02/opiniao-menino-bernardino-justica-juvenil.

RIBEIRO, Bruna. Roda dos expostos: livro A Roda da Vida traz história do abandono de crianças no Brasil a partir da ficção, 23/08/2019, 14h47, https://emais.estadao.com.br/blogs/bruna-ribeiro/roda-dos-expostos-livro-a-roda-da-vida-traz-historia-do-abandono-de-criancas-no-brasil-a-partir-da-ficcao/, acesso em dia 20 de agosto de 2021.

RIBEIRO, Marisa Marques e MARTINS, Rosilda Baron. Violência Doméstica Contra a Criança e o Adolescente - A realidade velada e desvelada no ambiente escolar, Curitiba, Juruá editora 2009.

PEDROSA, Leyberson. ECA completa 25 anos: mas ações de proteção a crianças começaram na época colonial, Fonte: Portal EBC*, 13/07/15 https://memoria.ebc.com.br/cidadania/2015/07/eca-25-anos-direitos-criancas-e-adolescentes, 10h43 e atualizado em 06/08/20 14h05. Acesso em dia 24 de agosto de 2021.

www.conteudojuridico.com.br

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURIDICOS

KÉLEEN KARINY ALMEIDA HORTEGAL: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Tocantins.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo apresentar os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da filiação socioafetiva e multiparentalidade, que é inserção do nome de mais um pai ou uma mãe no registro de nascimento do individuo. Nesta análise, considera-se o conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro e a evolução histórica desse regime, a análise do prazo e dos princípios da influência social, a multiparentalidade e o seu reconhecimento, todos sob o prisma do direito das sucessões. Inicialmente, será discorrido acerca do conceito de família, suas mudanças ao longo da historia e, sua nova composição, a forma de vínculo efetivo entre pais e filhos com respaldo jurídico no principio da dignidade humana e afetividade. O objetivo deste tema é esclarecer como o direito das sucessões se encaixa na nova realidade jurídica do Brasil no que se refere aos novos arranjos familiares. O método a utilizar neste trabalho é o dedutivo, recorrendo a procedimentos temáticos, de natureza qualitativa e técnicas de pesquisa bibliográfica integrativa. .

Palavras-chave: Socioafetividade. Multiparentalidade. Direito de Família. Direito Sucessório.

ABSTRACT: The main objective of the present work is to present the legal effects resulting from the recognition of socio-affective and multiparenting affiliation, which is the insertion of the name of one more father or mother in the individual's birth record. This analysis considers the concept of family in the Brazilian legal system and the historical evolution of this regime, the analysis of the term and principles of social influence, multiparenthood and its recognition, all under the prism of inheritance law. Initially, the concept of family will be discussed, its changes throughout history and its new composition, the form of effective bond between parents and children with legal support in the principle of human dignity and affection. The objective of this theme is to clarify how inheritance law fits into the new legal reality in Brazil with regard to new family arrangements. The method to be used in this work is the deductive one, using thematic procedures, of a qualitative nature and bibliographic research techniques.

Keywords: Socio-affectiveness. Multiparenthood. Family right. Inheritance Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo uma analise sobre os efeitos que caracterizam a filiação socioafetiva e a multiparentalidade diante do atual cenário jurídico, de acordo com os direitos sucessórios e o direito de família brasileiro, com destaque nos

seus efeitos sociais e jurídicos desde a manifestação de interesse das partes, até seus efeitos no Registro Civil de Pessoas Naturais. Portanto, foi utilizada nesta pesquisa a metodologia bibliográfico-integrativa com orientação na abordagem dedutiva, descritiva e pura básica.

Juntamente com a historia da civilização e a necessidade básica do ser humano em manter vínculos afetivos de forma estável, nasceu o conceito de família formado pela junção matrimonial de um homem, uma mulher e filhos. No decorrer dos séculos o instituto família vem passando por importantes evoluções, com o objetivo de introduzir na sociedade um novo modelo, mais moderno e flexível com base nos acontecimentos no nosso dia a dia.

Durante muito tempo o termo família esteve limitado à questões biológicas e consangüíneas, provenientes da união civil ou união estável. Porém, atualmente, essa definição tem sido tida como ultrapassada, pois, a instituição família passou a ser avaliada sobre as mais variadas formas e padrões, sendo considerado primordialmente o vinculo afetivo.

A família é considerada a base da sociedade, e possui proteção e amparo jurídico na Constituição Federal, no Código Civil Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente, visando à garantia jurídica aos seus membros de que os laços familiares possam ser formados de forma saudável, garantindo sustento, educação, segurança, alimentação, carinho, afeto e proteção a todos os integrantes desta tão antiga instituição.

Desta forma, a parentalidade socioafetiva pode ser fundamentada de maneira diferenciada daquela que é considerada pelos vínculos biológicos tradicionais, ou seja, pela hereditariedade direta e consangüínea, já que na pratica a ligação biológica é pouco relevante, pois o fator primordial é a qualidade de sentimentos estabelecidos em reciprocidade das partes envolvidas nas relações familiares.

Para tornar mais fácil a compreensão acerca do conceito de multiparentalidade, faz-se necessário primeiramente, compreender o conceito da parentalidade socioafetiva.

A multiparentalidade socioafetiva está elencada no artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro, que preceitua que o parentesco se dá de forma natural ou civil, de acordo com laços sanguíneos ou de outra origem. Ao mencionar "outra origem", o código civil brasileiro se refere ao parentesco por adoção ou socioafetividade.

A filiação socioafetiva é um status social que se caracteriza pelo reconhecimento do vinculo de parentesco entre pais e filhos, pela família extensa, parentes, amigos, comunidade e até pela sociedade e meio em que as partes envolvidas vivem, e pode ser considerada uma relação completamente diferente daquela onde os vínculos biológicos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

são evidentes. A parentalidade é enxergada na aceitação dos vínculos socioafetivos, gerando uma discussão sobre direitos e responsabilidades legais no âmbito do direito familiar.

O primeiro item desta pesquisa aborda a evolução histórica do instituto família e o surgimento da idéia da multiparentalidade e filiação socioafetiva no direito brasileiro, e os princípios norteadores do direito de família que são os principais responsáveis pela manutenção e bom funcionamento das normas que nos cercam. Por conseguinte, o segundo item perfaz uma analise jurídica da multiparentalidade e os novos arranjos familiares, tratando do conceito, efeitos legais e os direitos e deveres dos filhos sociais. O terceiro item apresenta a cumulação da filiação socioafetiva no registro de nascimento e os efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade.

Por fim, o presente artigo estimula a discussão acerca dos efeitos sucessórios da multiparentalidade e da filiação socioafetiva no âmbito do direito brasileiro.

1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMILIA, E O SURGIMENTO DA IDEIA DE PARENTALIDADE E MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

A necessidade do homem de viver em sociedade, fez com que a humanidade sempre se portasse de forma aglomerada. É psicologicamente difícil ao ser humano a vida segregada, sem compartilhamentos, sem trocas (LOUZADA, Ana Maria Gonçalves).

A origem da palavra família vem do vocabulário latino “famulus”, que significa servo ou escravo. A idéia deste conceito surgiu na Roma antiga, e adivinha da idéia de que as mulheres deviam obediência ao seu marido e os filhos pertenciam a seus pais. Os pais possuíam o poder absoluto no sentido de posse, sobre os filhos. (TORRINHA, 1998, p. 326).

Já de acordo com Engels (1984, p. 61):

> Família é o conjunto dos escravos pertencentes e dependentes de um chefe ou senhor. Assim era a família greco-romana, formada por um patriarca e seus famulus: esposa, filhos, servos livres e escravos.

Venosa (2013, p. 3) afirma que, como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como o fenômeno jurídico.

Juntamente com todas as evoluções enfrentadas pela sociedade, a formação de famílias também evoluiu, e passou a ser considerada pela união de pessoas pelo devido ao vinculo conjugal ou de parentesco, popularmente conhecida pelo termo família. As transformações do conceito popular de família aconteceram na sua formação e no âmbito do direito brasileiro.

O comportamento das pessoas perante a sociedade mudou juntamente com e evolução da humanidade. Aconteceram mudanças significativas no âmbito social sexual, religioso, nos aspectos profissionais e políticos, e todas essas mudanças refletiram no conceito de família.

A família que anteriormente só era considerada devido à união em matrimonio de um homem e uma mulher, passou também a considerar a união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo, modificando a formação de família que era oriunda somente do vinculo biológico, e passou a ser considerado também a família oriunda do vinculo afetivo.

Entre todas as mudanças em que o conceito da instituição jurídica denominada família sofreu em sua estrutura ao longo da historia, as questões ligadas à filiação também sofreu diversas modificações socioculturais com o advento de novos arranjos familiares que se formaram no cotidiano da sociedade moderna.

Antigamente era comum que pessoas criassem outra pessoa como se filho fosse, ainda que não houvesse um vinculo biológico, ou que o processo de adoção fosse formalizado legalmente. Nesses casos, a pessoa possuía um vinculo de afeto, mas juridicamente em nada estava amparado, e logo após a morte da mãe ou pai socioafetivo, os herdeiros biológicos automaticamente já excluíam outras pessoas do rol de sucessão e, caso existisse a necessidade de alimentos por parte do filho socioafetivo, não havia como pleitear esses direitos, dentre muitos outros efeitos pela falta de reconhecimento da parentalidade nessas situações.

Todas essas mudanças que aconteceram na organização familiar, com base nas relações oriundas no afeto, necessitam de um novo olhar jurídico frente à interpretação no Direito de família e as relações de parentalidade, bem como em seus efeitos jurídicos.

A multiparentalidade é um conceito que tem ganhado bastante destaque e avanço no ordenamento jurídico brasileiro, pois dispõe sobre os arranjos familiares atuais. O termo multiparentalidade que claramente significa a múltipla paternidade ou a maternidade socioafetiva e, possibilita que o individuo possua mais de um pai ou de uma mãe no registro de nascimento.

De acordo com Correia (2017, p. 9):

> A evolução da sociedade provoca a necessidade de o Direito progredir, atualizando e tutelando os novos fenômenos que surgem, e a multiparentalidade é um fenômeno existente e atual que requer tutela e julgamentos que irão proporcionar uma plena satisfação quando estiverem em conflito dois critérios de filiação.
>
> (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O reconhecimento da multiparentalidade significa um avanço do Direito de Família no Brasil, pois efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da pluralidade das entidades familiares.

Neste sentido, é de suma importância esclarecer sobre os próprios princípios do direito da família, considerando que o reconhecimento de novas famílias trouxe algumas mudanças no âmbito do direito da família.

1.1 Princípios constitucionais de direito de família

Os princípios norteadores do direito de família são os principais responsáveis pela manutenção e bom funcionamento das normas que nos cercam. Princípios são importantes em todas as áreas do Direito, pois são eles que servem de base para que os legisladores decidam assuntos importantes que podem extinguir ampliar ou modificar direitos.

Os direitos fundamentais são expediente jurídico a resguardar a preservação das características mais genuínas da qualidade humana das pessoas, dentre as quais se destaca o dinamismo de sua formação (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 61).

Para Paulo Lôbo (2009, p. 38), destacam-se como princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além dos princípios gerais da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança. Contudo, não se pode deixar de mencionar o princípio da paternidade responsável, o qual tem despontado como um princípio de fundamental importância para a proteção integral da criança e do adolescente.

1.1.1 Principio da dignidade humana

O principio da dignidade humana está expresso no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e, é o principio mais geral do direito. Tal principio também encontra referencia no art. 226, § 7º da CF/88, onde o planejamento familiar é mencionado. Vejamos:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> (...)
>
> § 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. Regulamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A inserção do principio da dignidade humana no rol do direito da família, revela exatamente toda a mudança do modelo tradicional sofrida pelas famílias após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tornou a entidade familiar o instituto mais propício e acolhedor para que indivíduos possam exercer a dignidade enquanto ser humano.

O principio da dignidade humana materializa e emancipa os membros de uma família, de forma que o planejamento familiar é uma livre decisão do casal e, é dever do Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para a conservação deste direito previsto no art. 226, § 7º da CF/88, de forma que os direitos daquele que vier a nascer deverão ser preservados.

A Carta Magna responsabiliza o Estado a prover igualdade entre os modelos familiares constitucionais definidos, de forma que a afetividade deve ser priorizada no âmbito familiar. A Carta também abriu precedentes para novos arranjos familiares baseados no afeto, tendo como exemplo principal a união homoafetiva e a pluriparental, onde o amor, amor e o zelo são priorizados.

Ribeiro e Teixeira (2008, p. 40) afirmam que o principio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro, pois não se admite discriminação entre os membros da família onde todos possuem o mesmo valor e devem ser tratados sempre com afeto e respeito.

1.1.2 Principio da afetividade

Atualmente o afeto é tido como a principal característica e fundamento onde as relações familiares se baseiam. Ainda que não conste disposição legal que torne o afeto um direito fundamental, este é considerado como um derivado constante da dignidade humana.

Nas palavras de Rolf Madaleno (2008, p. 66) o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim, e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. Tal pensamento demonstra a grande evolução que o direito da família vem enfrentando, já que o afeto tornou-se um fator relevante para a solução de conflitos familiares, passando a ser considerado como a essência da filiação, onde o amor exerce valor jurídico, tornando-se necessário uma nova visão e contornos legais.

O reconhecimento jurídico da união socioafetiva foi a primeira conseqüência da afetividade no âmbito do direito familiar, onde o Direito Brasileiro, em conclusão histórica no STF publicada no Informativo nº 625, equiparou a união entre pessoas do mesmo sedo à união estável, tratando como comunidade de forma igual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Destaca-se também uma segunda conseqüência da afetividade, onde é pontuada a admissão por danos morais oriundo do abandono afetivo por parte dos pais, que ocorre quando pais negligenciam a relação com seus filhos, deixando de prestar-lhes afeto, e com os deveres dispostos no art. 227 da CF/88 garantidos às crianças e adolescentes. Neste sentido, Dias (2011, p. 425) preceitua que: "A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva".

Em contraponto, ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR (2012, p. 43) estabelece que "a afetividade, embora merecedora da atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na orbita do Direito". Desta forma, estabelece ainda que a existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico.

1.1.3 Principio do melhor interesse da criança e do adolescente

O art. 227, caput, da Constituição Federal de 1998, prevê:

> 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.

Esta proteção também encontra fundamentação legal no artigo 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança o individuo com idade entre 0 a 12 anos, e o adolescente é aquele com idade entre 12 e 18 anos.

No que diz respeito ao principio do melhor interesse da criança e do adolescente, Ribeiro (2012, p. 85) aduz que:

> O princípio do melhor interesse, no que se refere à adoção, determina que é mais relevante a felicidade da criança e do adolescente do que a mera situação jurídica alcançada pela verdade registral, desacompanhada de laços de afeto, ou, a adoção que se realiza no interesse exclusivo do adotante, sem alcançar sua verdadeira vocação de prioridade da pessoa em formação. O melhor interesse diverge da solução meramente conceitual para um dilema jurídico formal; ao contrário, tem o sentido de garantir à criança e ao adolescente sua prevalência absoluta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, o principio do melhor interesse da criança e do adolescente deve sobrepor-se aos demais, uma vez, ter de ser um caminho percorrido com muita atenção e prudência, haja vista ser o norteador, tanto do legislador como do aplicador da lei, pois a transgressão desse princípio demonstra ultraje a todo o ordenamento jurídico. Correia (2017, p. 33).

O principio do melhor interesse da criança do adolescente é o principio norteador que regulamenta as relações jurídicas que envolvem direitos da criança e do adolescente, desta forma, todas as decisões judiciais são pautadas neste principio, de forma que o melhor interesse da criança e do adolescente seja imposto e respeitado.

1.1.4 Principio da paternidade responsável

O art. 227 da Constituição Federal de 1998 estabelece de forma implícita o principio da paternidade responsável, onde garante ser dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, de forma que seja vedada qualquer discriminação inerente ao estado de filiação.

O art. 27 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível da criança e do adolescente, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Sancionada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, determina e que toda criança possui o direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

O Código Civil de 1916 impedia o reconhecimento de estado de filho aos filhos concebidos em relacionamentos adulterinos e incestuosos. Porém, atualmente o direito ao reconhecimento de paternidade é absoluto, e pode ser exercido a qualquer tempo em face dos herdeiros dos pais, considerando-se de natureza personalíssima e não se podendo dele dispor.

Já o Código Civil de 2002 em seu art. 1.634 regulamenta o poder familiar e contempla deveres jurídicos impostos aos pais de forma igualitária junto aos filhos.

Assim, para Paulo Luiz Netto Lôbo, a conceituação de paternidade dá-se da constituição de valores e da singularidade da pessoa humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e adolescência. Sendo que, pai é quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor (LÔBO 2006, s. p.).

Observa-se que o desejo do homem de se tornar pai, não necessariamente acontece no desejo do vinculo biológico, podendo emergir na figura da adoção, que encontra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

fundamentação legal no Estatuto da Criança e do Adolescente, e no Código Civil Brasileiro. Neste sentido, a paternidade biológica ou a paternidade afetiva baseia-se no amor, no afeto e na responsabilidade em se comprometer com aquele que carece de desenvolvimento digno para sua formação.

2. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva é reconhecida pela paternidade ou maternidade baseado no afeto, inexistindo vinculo sanguíneo entre as partes, ou seja, é quando o homem e/ou a mulher decide assumir responsabilidades e criar como seu filho, ainda que não possua laços sanguíneos com a criança ou adolescente.

Relações de paternidade e maternidade oriundas do afeto e sem vinculo biológico já existem na pratica há centenas de anos, porém, ainda não havia sido reconhecida expressamente pela legislação brasileira. As diversas modificações que o conceito de família passou, trouxe novos formatos de arranjos familiares e, despertou a necessidade urgente da intervenção jurídica sobre os direitos e deveres aplicáveis a essa relação afetiva, onde o foco é o bem estar físico, emocional e psicológico da criança e do adolescente.

A socioafetividade é a relação familiar oriunda do afeto. Desta forma, a posse do estado de filho vai alem do vinculo biológico e prepondera sobre o vinculo afetivo.

Neste sentido preconiza Luiz Edson Fachin (1996, p.33), como se percebe abaixo:

> A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação da paternidade psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

A principal forma de comprovação da filiação socioafetiva é a demonstração do vinculo afetivo e da proteção entre as partes, com base em laços sentimentais de amor e afeto, de forma que a relação filial ocorra de forma publica, consolidada e duradoura perante a sociedade.

Maria Berenice Dias diz que "os laços de afeto e de solidariedade deveriam ser da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado." (DIAS, 2013, p. 73).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O reconhecimento formal da filiação socioafetiva acontece de forma judicial, e durante todo o processo é feita uma analise minuciosa sobre o vinculo declarado, de forma que fique comprovado a existência do vinculo afetivo entre o pai/mãe socioafetivo e a criança ou adolescente.

Fabiola Albuquerque (2008, p.223), aduz que o ordenamento jurídico pátrio, ainda não se posicionou expressamente sobre a posse de estado de filho, tampouco sobre a paternidade socioafetiva, no entanto, admitem-se tais institutos desde que se façam trabalhos hermenêuticos em torno da legislação já existente.

Já no conceito de Jorge Fujita (2010, p. 475) "filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexiste liame de ordem sanguínea entre eles".

Portanto, na visão atual de novos arranjos familiares, o pai é considerado a pessoa que cuida, alimenta, educa, supervisiona o crescimento do filho e contribui diretamente para a sua educação, seja o filho biológico, adotivo ou socialmente afetivo.

2.1. Direitos e deveres dos filhos socioafetivos

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar neste tópico que a filiação é a relação jurídica entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, pais e filhos.

O art. 1.593 do Código Civil Brasileiro preceitua que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem" é onde os direitos e deveres de pais e filhos são reconhecidos, independente do modelo de família, e faz jus ao ditado popular que diz que "pai é quem cria".

De um lado temos a filiação biológica que é facilmente comprovada por meio de um simples exame ou pela presunção da paternidade ocorrida dentro do casamento e, do outro lado, a filiação socioafetiva não pode ter a sua comprovação de forma tão simples, pois sua base e origem se encontra exclusivamente no afeto. A paternidade socioafetiva é construída, formada e fortalecida no dia a dia.

A Constituição Federal Brasileira iguala o tratamento de todos os filhos, sendo eles biológicos ou não, de forma que não deve haver discriminação por parte dos pais e, estabelece também os mesmos direitos e obrigações por parte dos filhos junto aos pais, transformando essa relação como um conjunto de direitos e deveres adquiridos através do poder familiar. O dever de cuidado, educação, sustento e proteção da criança e do adolescente é exclusivamente dos pais, independente do vinculo conjugal existente entre os pais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O art. 1694 do Código Civil de 2002 estabelece que "podem os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

Neste viés, cumpre estabelecer que o direito a alimentos é irrenunciável e impenhorável, já que possui a finalidade de assegurar o direito à vida, e são também imprescindíveis e intransmissíveis, pois é um dos principais condições para o reconhecimento de tal direito. O art. 1.694, caput e § 1º do Código Civil, preceitua que a necessidade do alimentado e a possibilidade econômica do alimentando, somente são devidos em função do vinculo de parentesco, estabelecido no art. 1539 do Código Civil de 2002 que diz sobre "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem".

É evidente que o filho socioafetivo possui os mesmos direitos a concessão de alimentos que o filho biológico por parte dos pais, pois o estado de filho socioafetivo acarreta efeitos morais e patrimoniais, de forma que fica inviabilizado que um pai utilize da inexistência do vinculo biológico como justifica para isentar a paternidade afetiva da obrigação de prestação de alimentos a criança que é criada como seu.

Destarte, a aprovação e aceitação do vinculo da paternidade socioafetiva produz os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais do parentesco do vinculo biológico, portanto, à criança ou adolescente estão resguardados e assegurados todos os direitos essências desde a convivência familiar até a pensão alimentícia.

3. MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade ocorre quando o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a dupla paternidade/maternidade oriunda do afeto. É a possibilidade jurídica do reconhecimento da paternidade/maternidade afetiva ser reconhecida legalmente, onde o individuo passa a ter uma mãe, um pai socioafetivo reconhecido pelo vinculo do afeto, e um pai biológico reconhecido pelo vinculo consangüíneo.

Sobre o tema, Dias (2013, p. 385) define que:

> É possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluralidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer e existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.

Em linguagem popular, a multiparentalidade nada mais é do que o reconhecimento da paternidade ou maternidade que um padrasto ou madrasta exerce com seu enteado(a), onde a figura paterna ou materna exerce diariamente a função de pai/mãe, cuidando, criando, protegendo e estabelecendo vínculos, ainda que não possua laço consangüíneo.

A multiparentalidade também traz consigo todos os direitos atribuídos normalmente aos filhos, de maneira igual para todos, não havendo prioridades. A multiparentalidade assegura que seja respeitado a origem genética, com a inserção na certidão de nascimento daqueles que são conhecidos como pais (de forma afetiva), sem necessitar que seja efetuada a retirada do nome dos pais biológicos (MOTTA, 2017).

O reconhecimento da multiparentalidade é uma forma de legalizar o que de fato já acontece no dia a dia de muitas famílias brasileiras, e a sua proposta é a de reconhecimento desse vinculo afetivo, de forma que o nome do pai ou mãe socioafetivo possa ser incluso no registro de nascimento da criança sem que o nome do pai/mãe biológico seja removido.

Neste sentido, Fabiola Albuquerque Lobo diz que "a figura madrasta/padrasto exprime a delicada realidade da convivência familiar com a superposição de papeis e funções parentais" (Lobo, 2021, p. 62). A multiparentalidade também pode ocorrer ainda durante a gestação, pois esta é fundamentada por princípios constitucionais já mencionados neste artigo, com fundamento no principio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O reconhecimento jurídico da multiparentalidade aconteceu oficialmente no ano de 2017, quando o Conselho Nacional de Justiça por meio do Provimento nº 63 reconheceu que a paternidade socioafetiva pudesse ser regulamentada diretamente no oficio de registro civil. Vejamos:

> Art. 10 – O reconhecimento voluntario da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizada perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais.
>
> §1º - O reconhecimento voluntario da paternidade ou da maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vicio de vontade, fraude ou simulação.

Desta forma, ao estabelecer que o procedimento pudesse ocorrer diretamente no cartório, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva tornou-se mais fácil e pratico, já que ao considerar o direito à filiação e à identidade, a justiça deve sempre buscar formas de facilitar essa obtenção para que crianças e adolescentes possam ter pais oriundos do afeto e do amor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3.1 Direito a alimentos

Na filiação da multiparentalidade os pais tem o dever de participar de forma efetiva na vida da criança ou adolescente, contribuindo no sustento, educação, carinho e demais necessidades devem ocorrer de forma igual para os pais biológicos e socioafetivos. Define-se alimentos como tudo o que é necessário para que uma pessoa possa existir de forma digna, vai além da alimentação. É realmente tudo o que é preciso para viver, dentre elas a habitação, vestuário, saúde, criação, educação e comida (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

O reconhecimento da multiparentalidade reserva à criança ou adolescente a mesma obrigação alimentar gerada pelo reconhecimento da paternidade biológica. Ou seja, tanto o pai biológico quanto o pai afetivo possuem os mesmos direitos e obrigações com a criança.

O art. 1696 do Código Civil Brasileiro dispõe que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau. Pais e mães biológicos e afetivos são credores e devedores de alimentos em relação ao filho de forma igualitária e sem distinção.

A solicitação de provisão alimentar da criança ou adolescente pode ocorrer judicialmente de forma igual tanto para o pai biológico quanto para o pai socioafetivo, de forma que as regras já aplicadas pelo Código Civil Brasileiro no que se refere ao da família sejam tratadas por igual para o pai biológico e para o pai socioafetivo.

É importante ressaltar também que o art. 1696 Código Civil Brasileiro ao estabelecer que a prestação de alimentos é recíproca entre pai e filho, fica claro também que assim como o pai socioafetivo deve provisionar alimentos ao filho menor, este filho também possui obrigações legais ao pai/mãe socioafetivo caso haja necessidade.

Neste sentido, Mauricio Póvoas estabelece que "quando se aplica a multiparentalidade, o dever de alimentos é o mesmo da biparentalidade, tanto os pais biológicos quanto os socioafetivos são credores e devedores de alimentos com relação ao filho em comum (Póvoas, 2012, p. 95).

3.2 Da guarda do filho menor

No que tange a guarda da criança ou adolescente, Dias (2013, p. 453) aduz que "a guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais".

Em tese, não há conflitos jurídicos ao resolver problemas inerentes guarda de filhos e direito a visitas no caso da filiação socioafetiva, pois conforme já falando neste artigo, o

pai biológico e o pai socioafetivo devem ser tratados com igualdade, e o juiz deve sempre considerar o principio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto na Constituição Federal Brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos casos em que houver disputa judicial entre pai e mãe pela guarda ou tutela do menor, cada caso será analisado minuciosamente, onde o bem estar físico, emocional e psicológico da criança devem ser preservados e levados em consideração. Nos casos em que a criança for considerada madura suficiente, os Tribunais devem ouvi-la e considerar sua preferência.

Neste sentido, Mauricio Povoas aduz que "a análise também recairia sobre o fator da afetividade e da afinidade, possuindo os pais socioafetivos uma vantagem na guarda do menor (PÓVOAS, 2012, p. 95). Desta forma, nos casos de disputa judicial pela guarda da criança ou adolescente, o critério mais observado é o da afinidade e afetividade e, assim, pais afetivos acabam possuindo vantagem na obtenção da guarda do menor a depender da relação.

3.3 Direito de visitas

É direito do pai afetivo ser reconhecido ou então mantido como pai daquele a quem distribuiu afeto por muito tempo, tratando de fato como filho, sendo amparado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Não se deve ignorar que, uma vez fundamentado na dignidade humana, é direito do filho possuir em seu registro o nome de quem ele quer que seja seu pai (PÓVOAS, 2012, p. 89).

A Lei nº 12.398/2011 estendeu o direito de visitas, que até então só poderia ser pleiteado pelos genitores, aos avós. O parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil estabelece que:

> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Depois de definir a guarda do menor, cabe a fixação do direito de visita em relação aos outros pais, de forma que, ainda que seja decidido que a guarda da criança fique com o pai biológico e a mãe socioafetiva, a mãe biológica terá direito a visitas à criança ou adolescente.

O propósito principal do direito de visitas é o de comprimir vínculos afetivos, portanto deve ser conferida e concedida, a menos que haja impedimento legal ou motivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que justifique a imposição dessa restrição ou coloque em risco o bem estar emocional, psicológico e físico da criança.

3.4 Direitos sucessórios

Mauricio Póvoas preceitua que"com a inclusão de todos os pais/mães no registro, aufere-se para este filho todos os direitos decorrentes de uma relação parental, tanto os que o filho possui em relação ao pai quanto os que o pai possui com relação ao filho" (PÓVOAS, 2012, p. 91).

Suceder é substituir o titular de um direito, com relação a coisas, bens, direitos ou encargos. Pode-se conceituar a sucessão como um conjunto de normas que buscam regular a transmissão de bens em consequência da morte (DIAS, 2013, p. 32).

No caso da multiparentalidade, os direitos sucessórios são reconhecidos entre pais e filhos (e seus parentes) de acordo com a ordem de preferência hereditária dispostas nos artigos 1.829 a 1.847, do Código Civil.

O artigo 5º, XXX, da Constituição Federal determina que a herança é um direito fundamental. Vejamos:

> 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: [...] XXX – é garantido o direito de herança.

No caso do filho socioafetivo os direitos sucessórios ocorrem de forma recíproca, devendo-se respeitar a ordem de vocação hereditária, seguindo a divisão de acordo com os herdeiros necessários, facultativos e os testamentários. A sucessão da família multiparental deve ocorrer de forma igual ao da família biparental, onde o filho é herdeiro de todos os pais, e os pais são herdeiros deste filho, seguindo a linha sucessória estabelecida no Código Civil Brasileiro.

Uma vez que o nome do pai socioafetivo seja incluído no registro de nascimento do individuo, este passa a ter todos os direitos inerentes a filiação de forma igual ao do filho biológico, inclusive nos direitos sucessórios, de forma que se o individuo passa a ter dois pais registrais, seus direitos e deveres serão ampliados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Pode-se observar no processo de pesquisa que a multiparentalidade é eficaz e se efetiva principalmente no princípio da dignidade humana e na afetividade, ambos reconhecidos no campo jurídico brasileiro.

A estrutura familiar é regida por meio do amor, do afeto e da atenção, e essas relações baseadas somente no afeto existem há muito tempo, ainda que o aspecto social mais comum seja o do vinculo biológico.

Diante de todas as mudanças que o conceito familiar sofreu ao longo da história do mundo, esta instituição tem caminhado a passos largos para grandes evoluções, principalmente no que se refere ao mundo jurídico.

A partir do reconhecimento a multiparentalidade, onde a possibilidade de inserção do nome de mais de um pai ou mãe no registro de nascimento, a legislação brasileira constituiu diversos efeitos benéficos em detrimento daqueles que necessitam ou desejam a formalização do vinculo afetivo.

Todas essas evoluções que o conceito de família enfrentou, demonstra que o vinculo sanguíneo fica em segundo plano por diversas vezes quando comparado ao vinculo afetivo. Neste seguimento, o poder judiciário ao ser acionado para dar uma resposta à sociedade, não pode deixar de considerar os princípios que norteiam essas relações com base no direito da família.

Quando a aceitação do reconhecimento do vinculo biológico ocorre de forma judicial, acontece também a possibilidade jurídica do filho socioafetivo adentrar na ordem sucessória, equiparando-se ao filho biológico. Da mesma forma, acontece com os pais que também se tornam herdeiros de filhos socioafetivos.

O reconhecimento da multiparentalidade e da filiação socioafetiva, que antes não estava incluído no prisma do Judiciário, agora garante que não haverá distinção entre as filiações socioafetivas e biológicas, devendo as as duas coexistirem de forma igualitária em direitos e deveres. Portanto, dentro da multiparentalidade, é impossível opor os direitos de uma criança que está ligada a dois pais ou duas mães, ou seja, o direito à herança que lhe pertence.

Por fim, conclui-se que o reconhecimento da multiparentalidade estabelece juridicamente todos os direitos específicos no que se refere à filiação, como parentesco, nome, convivência, guarda, alimentos e, principalmente, direito à herança, e a concessão de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal ao resguardar os direitos da família, bem como, o bem estar emocional e psicológico da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 203-226.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

AZEREDO, Christiane Torres. **O conceito de família: origem e evolução**. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 15/09/2021.

BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406/2002. Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 01/11/2021

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10/10/2021.

BRASIL. **Resolução 63/2017 – CNJ**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf . Acesso em 01/11/2021

CORREIA, Emanuelle Araújo. **Elementos caracterizadores da multiparentalidade**. Belo Horizonte, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. (Coleção Perspectivas do

homem, v. 99, série ciências sociais), 1984. https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o Acesso em 14 outubro de 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade; relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FUJITA, Jorge. **Filiação na Contemporaneidade**. In: CHINELATO, Silmara Juny de Andrade; SIMÃO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina. (org.). **O direito de família no terceiro milênio: Estudos em homenagem a Álvaro Villaça Azevedo**. Atlas. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista CEJ, Brasília, v.8

LÔBO, Paulo. **Do poder familiar.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/8371. Acesso em: 4 nov. 2021.

LOUZADA, Juíza Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. http://www.amagis.org.br/images/Artigos/Evolucao_do_conceito_de_familia.pdf Acesso em 10 de junho de 2021.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares . Dos **princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial**. 2012. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/865/Dos+princ%C3%ADpios+constitucionais+e+infraconstitucionais+aplic%C3%A1veis+ao+Direito+de+Fam%C3%ADlia:+Repercuss%C3%A3o+na+rela%C3%A7%C3%A3o+paterno-filial. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

MADALENO, Rolf. **Revista Brasileira de Direito de Família n 37**, 2006, p. 148. In: GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil Direito de Famílias. **As famílias em Perspectiva Constitucional**. Volume VI. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011, pg. 76.

MADALENO, ROLF. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro. Forense, 2008, p. 66.

MOTTA, Myrelle. **TJGO – Assegurado a criança o direito de ter duas mães e um pai no registro civil.** 2015. Disponível em: <http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/tjgo-assegurado-a-crianca-o-direito-de-ter-duas-maes-e-um-pai-no-registro-civil/>. Acesso em: 06 nov. 2021.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção Comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões.** Belo Horizonte. Mandamentos Editora, 2008.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latino Português**. 8 ed. Portugal: Porto Editora, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3. ed. v.7. São Paulo: Atlas, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SEPARAÇÃO DOS PODERES: FLEXIBILIZAÇÃO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS EM FAVOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

PEDRO LUCAS CUNHA DA SILVA: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Fametro – CEUNI FAMETRO

RESUMO: A Separação dos Poderes é princípio fundamental adotado pela Constituição Federal de 1988, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes, mas relacionados de forma harmoniosa. Todos exercem suas funções à luz da estrita disciplina constitucional, cuja inobservância acarreta uma reação de controle autorizada pela própria Constituição. É dizer, um Poder está autorizado a intervir na esfera do outro de modo a responsabilizar uma autoridade, reverter uma situação indesejada ou até mesmo ordenar um comportamento ativo em prol da concretização dos direitos fundamentais. Em tempos de crise, as intervenções se tornam mais frequentes, sobretudo do Poder Judiciário nos outros, gerando debates na comunidade jurídica acerca dos limites da atuação do Poder controlador. Desse modo, este artigo tem como objetivo geral discorrer acerca da legitimidade dessa interferência sob a perspectiva do espírito da Constituição, levando em consideração as críticas contemporâneas, a opinião de doutrinadores acerca da temática e avaliação de casos concretos que geraram debates contundentes nos últimos anos. Este estudo foi desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica em artigos, doutrinas, jurisprudência e a legislação brasileira. Respeitando o posicionamento de autores renomados, as críticas tendem a ser superadas em prol da manutenção dos direitos fundamentais, visto que o bem geral de todos se sobrepõe à definição relacional entre os Poderes. Resumidamente, um Poder não apenas pode, mas deve cobrar um agir, ou não agir de outra estrutura de poder, quando verificada omissão ou negligência inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes. Sistema de Freios e Contrapesos. Judicialização. Ativismo Judicial. Mínimo Existencial.

ABSTRACT: The Separation of Powers is a fundamental principle adopted by the Federal Constitution of 1988, with the Legislative, the Executive and the Judiciary being independent, but harmoniously related. All exercise their functions in light of strict constitutional discipline, the failure of which entails a control reaction authorized by the Constitution itself. That is to say, a Power is authorized to intervene in the sphere of the other in order to hold an authority responsible, reverse an unwanted situation or even order an active behavior towards the realization of fundamental rights. In times of crisis, interventions become more frequent, especially from the Judiciary in others, generating debates in the legal community about the limits of the controlling Power's performance. Thus, this article aims to discuss the legitimacy of this interference from the perspective of the spirit of the Constitution, taking into account contemporary criticisms, the opinion of

scholars on the subject and evaluation of concrete cases that have generated strong debates in recent years. This study was developed through a bibliographical research in articles, doctrines, jurisprudence and Brazilian legislation. However, respecting the position of renowned authors, criticism tends to be overcome in favor of the maintenance of fundamental rights, since the general good of all supersedes the relational definition between the Powers. In short, a Power not only can, but must demand to act, or not to act, from another power structure, when omission or unconstitutional negligence is verified.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. SERAÇÃO DOS PODERES: 2.1 Conceitos iniciais; 2.2 Sistema de Freios e Contrapesos; 3. PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 4. LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A MANUTENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 4.1. Judicialização e Ativismo Judicial; 4.2. Reserva do Possível e Mínimo Existencial; 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em função da crise sanitária decorrente da Pandemia do novo Coronavírus (Covid-19), o cenário jurídico se tornou propenso às discussões sobre os papéis exercidos por cada Poder na manutenção da ordem social e da saúde pública. De um lado, os Podres Legislativo e Executivo, responsáveis por, respectivamente, legislar e implementar políticas públicas bem como oferecer serviços de interesse público. De outro, o Poder Judiciário que, na omissão daqueles, e quando provocado, deve dispor de todos os meios legais para o atendimento das pretensões sociais e coletivas invocadas em juízo.

Há de se registrar que órgão judicial tem o dever de resolver a lide satisfatoriamente, mesmo que, no caso concreto, deva intervir nas esferas executiva e administrativa para fazer valer sua decisão. É nesse ponto que o princípio fundamental da Separação dos Poderes da República é preterido em prol da integridade do direito à saúde pública, por exemplo, ou qualquer outro direito que envolva o bem-estar social. Isso porque não é dado ao Judiciário intervir em outro Poder, mas a negativa judicial somada à inação dos órgãos competentes que ocasionem lesão a direitos não é tolerável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As instituições democráticas devem de um jeito ou de outro atender às demandas reais que eventualmente surjam, sem dar azo à instabilidade do sistema jurídico vigente, o que requer análise responsável e sensibilidade aos bens jurídicos envolvidos. Por isso, esta pesquisa objetiva investigar e discorrer acerca dos preceitos constitucionais que justificam o suposto conflito, o qual é apenas aparente, de acordo com o princípio da unidade.

2. SEPARAÇÃO DOS PODERES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adota a teoria da tripartição de poderes no texto do artigo 2º, segundo o qual "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Independência significa ausência de subordinação, numa relação não marcada por hierarquia, sendo que em regra não haverá interferência de um sobre o outro. Harmonia, por sua vez, carrega a ideia de cooperação entre todos, atuação coordenada e respeito institucional entre os envolvidos.

Como se verá a seguir, os dois conceitos não são absolutos, pois o seu documento de criação prevê formas de mitiga-los à luz de suas próprias disposições a fim de que se afaste a instabilidade institucional e insegurança jurídica eventualmente instaladas.

2.1. Conceitos iniciais

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º estabelece a forma republicana de Estado adotada pela nação brasileira nos seguintes termos: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:".

No parágrafo único do mesmo artigo, pode-se encontrar uma característica definidora da República ao prevê que todo poder emana do povo exercido de forma direta ou indireta. Significa que numa república – ou coisa pública – a titularidade do poder não está concentrada em uma instituição ou em uma pessoa, mas em todas as pessoas, independentemente de raça, cor, etnia, religião etc.

Por essa e outras razões, conforme desenvolvido pelo pensador Charles de Montesquieu (1689 – 1755), em sua célebre obra "O Espírito das Leis", alinhado às ideias criadas por Aristóteles com a obra "A política", o exercício do poder deveria se desmembrar em três, todos equilibrados, autônomos e excepcionalmente interventivos com vistas à melhoria do sistema de poder.

Vigora nos países ocidentais contemporâneos, em sua considerável maioria, o entendimento de que o poder do Estado é único e indivisível; soberano porque não se subordina a outro; opera nos limites da sua abrangência territorial e do seu ordenamento jurídico; provém do seu titular – numa república, o povo - através de previsão em um texto de introdução política: a Constituição daquele Estado.

Nesse sentido, o doutrinador e ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 231) assevera que a Constituição institui o Estado de Direito, os poderes constituídos e faz a distinção entre legislar, administrar e julgar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na República Federativa do Brasil, o poder se expressa dessa maneira, fragmentada, desempenhando três diferentes funções estatais, conforme mencionado acima (legislativo, jurisdicional e administrativo), estruturados segundo critérios funcionais, não apenas com vistas à sua especialização, mas também com o intuito de afastar as arbitrariedades próprias de sua concentração nas mãos de um único indivíduo, cuja irresponsabilidade civil prepondera, visto que não há outro de igual estatura, ou superior, que exerça controle sobre seus atos.

O professor Alexandre de Morais aborda em sua obra justamente essa finalidade da segregação (2016, p. 402), ao escrever que: "o objetivo da separação dos poderes é evitar arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem", ideia que decorre da obra de origem de Montesquieu.

Importante mencionar que o postulado que rege a separação dos poderes constitui cláusula pétrea, pelo que a mera tentativa de sua supressão por emenda constitucional ou lei infraconstitucional foi proibida pelo constituinte originário, consoante disposição expressa do artigo 60, § 4º, III, CRFB/88. Desse modo, entende-se que o legislador não pode alterar o texto constitucional no sentido de abolir ou atentar contra os Poderes, seja inaugurando um inédito, seja vulnerando um em detrimento dos outros.

2.2 Sistema de Freios e Contrapesos

A relação entre os poderes é marcada pelo equilíbrio decorrente da harmonia estabelecida entre eles no texto constitucional, mas isso não prejudica a independência de cada um no exercício das suas próprias funções constitucionais. A regra é que cada um deles possui liberdade para desempenhar suas tarefas dentro do território brasileiro, sendo a ingerência exceção, hipótese em que há ferramentas jurídicas e políticas específicas de intervenção, cuja finalidade é o reestabelecimento da estabilidade social.

O exemplo disso é o que prevê o artigo 49, inciso X, da CRFB/88 ao dispor que o Congresso Nacional deve fiscalizar os atos do Poder Executivo caso exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação. Em suma, é o Poder Legislativo exercendo controle sobre o Poder Executivo - sem deixar de observar as condições procedimentais que o próprio texto prevê - quando o poder controlado extrapola sua competência ou ofende as normas constitucionais de forma direta ou indireta, comissiva ou omissivamente.

Em outras palavras, dadas as circunstâncias, a própria Constituição prevê esses mecanismos de controle, legitimando a interferência de um Poder sobre o outro em casos excepcionais ou gravosos, o que se denomina pelos estudiosos de Sistema de Freios e Contrapesos, cuja origem remonta ao ápice do Estado liberal, momento da história em que proliferavam ideias de menor interferência dos Estados nas liberdades individuais dos

cidadãos. Trata-se, portanto, de verdadeira técnica de limitação estatal e correções institucionais recíprocas.

Outra forma de observar a aplicação desse princípio de controle é o instituto que se encontra nos artigos 34 ao 36 da Constituição Federal, que disciplina os mecanismos de intervenção federal e estadual, respectivamente, quando a União retira temporariamente a autonomia de um estado-membro, e um estado o faz em um município seu. Não obstante a interferência se dê entre entes federativos, dentre as hipóteses ensejadores da ação interventiva está a obstrução da liberdade de atuação de um poder constituído. Textualmente o artigo 34, IV da CRFB/88 prevê: "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;".

O caput do artigo evidencia a excepcionalidade da medida ao dispor que a União não intervirá, e deixa a salvo a intervenção para reverter o momento de instabilidade. Portanto, verifica-se uma hipótese de estado de exceção, fato não desejado pela Constituição, mas previsto por ela, sem deixar de apresentar os mecanismos necessários para saná-lo.

Acontece que o ato de controlar igualmente possui limitações jurídicas, de maneira que se o seu exercício extrapolar os seus próprios pressupostos materiais ou procedimentais, expressos ou implícitos, correrá o risco de convergir à ingerência inconstitucional, cuja ocorrência ofende a sistemática jurídico-constitucional, que fatalmente resultará na invalidação do ato controlador indevido.

Na prática, por exemplo, não poderia o Congresso Nacional rejeitar projeto de lei de iniciativa reservada do Presidente da República sob a única justificativa de que não caberia ao Poder Executivo deflagrar o processo legislativo, sendo que a própria constituição traz um rol de matérias de iniciação exclusiva do Chefe de Governo (art. 61, §1º, da CRFB/88). Semelhantemente, não poderia o Supremo Tribunal Federal decidir que não cabe a qualquer das casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) editar lei sobre tema anteriormente declarado inconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Em todos esses casos, verifica-se extrapolação na utilização dos instrumentos de controle ao ponto de prejudicar a funcionalidade típica de cada estrutura de poder. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que os mecanismos de controle recíprocos entre os Poderes (os freios e contrapesos) previstos nas Constituições Estaduais somente se legitimam quando guardarem estreita similaridade com os previstos na Constituição Federal (ADI 1.905-MC).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O sistema de freios e contrapesos é, portanto, imprescindível à plena conservação da saúde do ordenamento jurídico; um mediador na relação entre Poder e Poder, resolvendo os conflitos existentes e corrigindo falhas indesejadas em favor da segurança jurídica e da estabilidade do ordenamento. Entretanto, respeitando os seus próprios contornos legais, não deve jamais praticar aquilo que busca evitar: a extrapolação irregular.

3. PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Magna conferiu ao Poder Judiciário a função jurisdicional, que pode ser conceituada como o poder de interpretar as leis e aplicá-las para resolução das controvérsias sociais postas à sua apreciação, substituindo a vontade das partes com força de definitividade. No entanto, a competência do judiciário não se exaure nisso.

A Constituição Federal atribuiu-lhe, inclusive, o papel de defensor dos direitos e garantias individuais e sociais, não apenas para ditar o direito nos casos concretos, mas também para exercer o papel de instância controladora da Administração Pública, anulando atos ilegais que violem direitos fundamentais, impondo um dever de agir quando verificadas omissões inconstitucionais e coibindo qualquer conduta que atente contra o regime jurídico administrativo e os princípios gerais que o compõem, especialmente os destacados no caput do artigo 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse sentido, há de se ressaltar o enunciado da Súmula Vinculante 473 do Supremo Tribunal Federal que bem demonstra a atuação judicial nos atos da Administração pública, senão vejamos:

> "A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que o tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Na sequência, a artigo 102 da CRFB/88 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a "guarda da Constituição", literalmente. Por isso, cabe ao Tribunal, entre outras, decidir definitivamente acerca dos conflitos entre as instituições democráticas, as controvérsias federativas e as questões relativas à repartição de competências dos entes políticos (art. 102, I, "f", da CF), as ações diretas de inconstitucionalidade das leis e dos atos do poder público (art. 102, I, "a", da CF), os mandados de segurança contra ações e omissões das autoridades públicas quando violarem direito líquido e certo (art. 102, I, "a", da CF) etc.

Compete ainda ao Tribunal Supremo processar e julgar o Poder Executivo, na figura do Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros de Estado, o Procurador-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Geral da República, nos casos de infrações penais comuns, além dos representantes do Poder Legislativo, que são os membros do Congresso Nacional (art. 102, I, "b" e "c", da CF).

Como se percebe, o órgão exercente da função jurisdicional ganhou protagonismo com a promulgação da Carta Republicana Brasileira, que lhe atribuiu a missão de garantidor supremo dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado foi dada a ordem de respeitar as liberdades individuais (direitos de 1º dimensão) e prestar bens e serviços indispensáveis à dignidade de seus cidadãos (direitos de 2º dimensão), objetivos não tão facilmente concretizáveis pelos mais variados motivos jurídicos, sobre o que se discorrerá neste artigo.

É bem de ver que ao juiz é vedado deixar de apreciar lesão a direito pois vigora neste ordenamento jurídico a inafastabilidade do poder judiciário expressa no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Já o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê o seguinte: "Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". Pode-se deduzir que o poder judiciário não é regido por critérios de conveniência e oportunidade ou subjetivismos valorativos. Ao contrário, uma vez preenchidos os pressupostos processuais, está obrigado a analisar o mérito do que se pleiteia, ainda que não haja lei dispondo sobre o tema tratado.

Atualmente, a comunidade jurídica entende a Constituição de um país como norma jurídica de cumprimento obrigatório e vinculante, assim como a lei, porém hierarquicamente superior a qualquer outro diploma normativo. É o que propôs Hans Kelsen ao qualificar a Constituição como norma jurídica pura, superior e fundamental do Estado. Todas as outras normas infraconstitucionais retirariam seu fundamento de validade da norma jurídica acima, estando a Constituição no topo do ordenamento jurídico.

Dessa forma, as normas positivadas no texto da Constituição são igualmente exigíveis e aplicáveis pelos juízes e tribunais, com ainda mais carga de exigibilidade jurídica, dada sua incomparabilidade com os outros diplomas legais. Nessa linha de raciocínio, não poderia qualquer membro do Poder Judiciário deixar de aplicar a Constituição a um caso concreto, devendo-se atentar a sua supremacia.

Com efeito, se a Carta Magna ordena, a lei deve dispor; se não o faz, há omissão inconstitucional; e se faz num sentido contrário à previsão da Constituição, deverá ser declarada nula pelo órgão competente e será extinta do ordenamento jurídico.

Chega-se à seguinte conclusão, o juiz deve efetivar a lei e a Constituição, de forma a preservar a sua força normativa. Nas palavras do jurista Luís Roberto Barroso (2018, p. 160): "as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua observância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4. LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A MANUTENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A premissa construída na seção anterior é de que a Constituição é uma norma jurídica geradora de direitos e garantias, exigíveis perante o Poder judiciário dado seu caráter imperativo.

Pois bem, a segunda dimensão de direitos fundamentais, inversamente ao que propõe os direitos de primeira dimensão, pressupõe comportamento proativo, mais prestacionista, que demanda alto esforço estatal, a fim de concretizar o rol de direitos previstos no artigo 6º da CRFB/88, dentre eles, cita-se: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Além de outros espalhados no texto constitucional.

Nessa abordagem, a professora Natalia Masson (2018, p. 339) define e caracteriza os direitos de primeiro e segunda dimensão, utilizando-se ainda de trecho da obra de Fábio Konder (2010, p. 77), senão vejamos:

> "Convém recordar que referidos direitos, enquanto prerrogativas constituídas na segunda dimensão dos direitos fundamentais, normalmente exigem prestações positivas do Estado, que deverá implementar a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que compõem o desnivelado tecido social. Nesse sentido, e em nítido contraste com os direitos individuais, que via de regra exigem um "não fazer", um "não agir", um "não atuar", por parte dos Poderes Públicos, criando esferas individuais de não ingerência estatal – os direitos sociais têm por conteúdo "um fazer", "um ajudar", "um contribuir". São, portanto, direitos dependentes de intervenção estatal, que somente "se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres, ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente".

Uma vez que há positivação de direitos que demandam ações e investimentos do Estado, os seus componentes devem angariar esforços para cumpri-los. Não há margem de liberdade para escolher, pois a Constituição Federal estabelece claramente a responsabilidade pela operacionalização do direito. Por exemplo, assim o faz quanto à saúde ao dispor nos artigos 196 e 197 da CRFB/88:

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

> "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

Consequentemente, na hipótese de o legislador infraconstitucional, a quem compete editar a lei de concessão do serviço para a fruição de qualquer do direito; ou o gestor público, aquele que implementa a lei e efetivamente oferta o serviço público; permanecerem inertes quanto a esse dever, o cidadão prejudicado pela omissão poderá acionar o Estado-juiz que porá fim ao conflito, entregando o bem da vida ao jurisdicionado.

Essa exigibilidade em juízo decorre da força normativa da Constituição Cidadã, sobre a qual a jurista Natália Masson tece comentários (2018, pag. 63): "deve o intérprete priorizar a interpretação que dê concretude à normatividade constitucional, jamais negando-lhes eficácia". Portanto, os efeitos da Constituição devem ser extraídos por quem tem competência para fazê-lo, de modo a impedir que as normas se limitem à meras pretensões. Por esse ângulo, o Poder Judiciário possui a inegociável obrigação de garantir a concretude desses direitos que possuem natureza existencial.

Mas até que ponto um órgão jurídico pode atuar garantindo a eficácia das suas decisões sem ferir o esquema constitucional de funções entre os Poderes da república ao ordenar uma ação de outro Poder?

Disso, surge um aparente conflito entre bens jurídicos, alvo de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais nas últimas décadas. De um lado, o respeito à tripartição tradicional dos Poderes, de outro, um direito à saúde, por exemplo, a cuja inércia com potencialidade lesiva um representante do Poder competente deu causa.

4.1 Judicialização e Ativismo Judicial

A ascensão institucional do judiciário promoveu, e promove inúmeros debates acerca de dois conceitos modernos: Judicialização e Ativismo Judicial. Pode-se conceituar judicialização como a resolução de questões relevantes para a sociedade pelo Poder Judiciário. Ao discorrer sobre o tema, o professor Luís Roberto Barroso (2018, p. 231 e ss.) registra que:

> "Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, cujo âmbito se encontra o Presidente da República,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> seus ministérios e a Administração Pública em geral. Como intuitivo a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro"

Na medida em que os direitos sociais são oferecidos com tamanha força normativa – pois expressamente exigidos pela Constituição e, por conseguinte, pela lei – os prejudicados em decorrência da sua ausência se socorrem cada vez mais aos juízes e tribunais para vê-los aplicados, quando os governos das esferas políticas competentes se omitem, ou se tornam materialmente incapazes de implementá-los pelas mais diversas razões, justificáveis ou não.

Contudo, ao judiciário não cabe se esquivar de efetivar um direito, tampouco exercer a sua função típica sem alcançar a sua satisfação. Não lhe é dada essa prerrogativa. Por isso, inevitavelmente o Poder Judiciário tem sido chamado a resolver tais assuntos, mesmo não sendo de sua competência originário. Nesse sentido, justifica o autor Luís Roberto Barroso (2018, p. 224):

> "Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão."

Conforme vem sendo delineado no decorrer deste artigo, não se aceita a recusa da instituição judiciária diante da lesão ao direito que lhe é apresentada na forma da lei. E em tempos de crise, onde as demandas sociais crescem, principalmente nos setores mais vulneráveis, exige-se mais atuação enérgica das repartições de poder.

Para exemplificar, no ano de 2020, eclodiu no Brasil – e no mundo – a crise na saúde do novo Coronavírus (COVID-19), que fez crescer o número de demandas socais relativas a serviços de saúde das mais diversas formas, tais como a necessidade de hospitais adequadamente equipados com leitos, máscaras e respiradores; de profissionais suficientes e capacitados tanto na linha de frente quanto no apoio administrativo; e de aquisição urgente de vacinas para a imunização nacional.

Ante a falta desses profissionais e de estruturas adequadas, foram ajuizadas inúmeras ações civis públicas e individuais instauradas contra a União, os estados e os municípios a procura de vagas em UTIs para internação, fornecimento de medicamentos pelo poder público, ordens de decretação de "lockdown" como forma de prevenção da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

doença em cidades brasileiras etc. Assim, coube ao judiciário se manifestar quanto ao mérito do que se postulava, seja denegando o pedido com fundamento na separação de poderes, ou concedendo-o em razão do direito à saúde individual e coletiva.

Decisões judicias ordenaram internação de pacientes, compra de vacinas, fornecimento de medicação e até o fechamento do comércio local. Em via recursal, os tribunais comumente suspendiam as decisões proferidas na instância inferior sob fundamento da separação dos poderes, visto que não cabe ao poder Judiciário fazer as vezes do Poder Executivo, como se verá a seguir.

O ministro Humberto Martins, até então presidente do Superior Tribunal de Justiça suspendeu, nos autos do processo de Agravo de Instrumento n. 1011503-98.2021.4.01.0000, no dia 09 de abril de 2021, ápice da pandemia, os efeitos da decisão do Tribunal Regional da 1º Região, a qual determinava que o Governo do Distrito Federal adotasse medidas de restrição com o fechamento do comércio e outras atividades não essenciais que vigorou por 29 dias. Na decisão, o ministro destacou a divisão dos papéis do Poder Executivo e Poder Judiciário, suspendendo a decisão judicial sob o fundamento da separação dos poderes, nos seguintes termos:

> "O Poder Judiciário não pode, dessa forma, atuar sob a premissa de que os atos administrativos são realizados em desconformidade com a legislação, sendo presumivelmente ilegítimos. Tal concluir configuraria uma subversão do regime jurídico do direito administrativo, das competências concedidas ao Poder Executivo e do papel do Poder Judiciário.
>
> Destaque-se que, segundo o princípio da separação dos Poderes, não pode haver interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo, sem a caracterização de flagrante ilegalidade ou desvio de finalidade, que poderia justificar, excepcionalmente, uma tomada de decisão substitutiva. Deve-se assegurar concretamente o Estado Democrático de Direito."

O desembargador-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo também prolatou decisão com fundamento semelhante, em sede de suspensão de tutela nos autos do processo n. 2104888-88.2020.8.26.0000, suspendendo a decisão do Juízo da 1º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Piracicaba/SP. A decisão do juiz fixava prazo de quarento e oito horas para que o prefeito municipal local iniciasse imediatamente o processo de reabertura do comércio, sem prejuízo dos procedimentos de segurança cabíveis. O desembargador do TJ/SP destacou:

> "A decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública, mormente em tempos de crise e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> calamidade, destacando-se que o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica."

Como se nota, nesse período de calamidade pública proliferaram numerosas decisões judiciais que ordenavam um agir do Poder Público, cuja excessividade, nas palavras dos críticos, se denominou modernamente de ativismo judicial, conceito aprofundado pelo jurista Luís Roberto Barro (2018, p. 172) que afirma:

> "[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios."

O ativismo pode ser observado no *modus operandi* e no comando final adotados pelos órgãos judicias para a consecução de suas decisões, quando o próprio Estado, representando pela Administração Pública, é a parte demandada em juízo. Ao ser condenado a fazer ou entregar, os efeitos da decisão judicial refletem sobremaneira em aspectos que fogem à expertise judicial, tais como os de cunho orçamentários, financeiros, funcionais e até políticos, despertando severas críticas por parte da doutrina e de políticos.

Fazendo um paralelo entre os conceitos, assinala o professor Roberto Barroso (2018, p. 235) que: "A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance."

Ocorre que própria provocação da jurisdição tem se caracterizado como medida de exceção: deve-se antes resolver as lides extrajudicialmente, seja na via administrativa, seja mediante instituição de arbitragem ou outros métodos alternativos de resolução de conflitos. Assim, quando as circunstâncias o demandarem, o Poder Judiciário possui a obrigação legal de entregar o direito, pois a sua inércia, pressupondo primeiro a dos outros Poderes, poderá gerar risco à dignidade da pessoa humana visto que ela não terá mais a quem se socorrer, tornando a Constituição uma mera folha de papel ineficaz. Portanto, o ativismo judicial e a judicialização constituem fenômeno necessário decorrente do sistema de freios e contrapesos e das demandas sociais que possuem amparo ao novo modelo constitucional.

4.2 Reserva do possível e Mínimo existencial

Quando demandado em juízo, o Poder Público comumente alega a óbice da "reserva do possível", teoria que consiste na ideia de que cabe ao Estado efetivar as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

políticas públicas na medida do financeiramente possível, abraçando a ideia de que os recursos são limitados e as necessidades humanas são ilimitadas.

Contudo, a mera alegação desse limite não exclui os seus deveres e responsabilidades perante os titulares de direitos, e o Poder Judiciário está autorizado a se pronunciar de forma ativa, independentemente dos erros e das críticas que sobrevierem quanto aos seus métodos de execução.

O tema não é pacífico na doutrina e repercute entre autores de renome, uns advogando contra e outros a favor de como o judiciário deve agir. Por conseguinte, o professor Gilmar Ferreira Mendes (2018, p. 1025) registra a discussão doutrinária da seguinte maneira:

> "A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, pode violar o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.
>
> (...)
>
> É inegável, a revelação da controvérsia no âmbito da "judicialização do direito à saúde". Essa ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias"

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto: "a cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras 'escolhas trágicas', em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras" (HC 172.136, 2020).

Entende a Corte que a formulação e execução de políticas públicas são tarefas que competem, primariamente, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Entretanto, é possível que o Poder Judiciário determine, excepcionalmente, a implementação, pelos órgãos inadimplentes, de ações destinadas à concretização dos direitos sociais.

A ideia de o Estado-juiz substituir o dirigente primário da execução por excelência desencadeia uma série de discussões acerca da regularidade dessas escolhas dramáticas e a quem compete fazê-las. Além disso, o debate não se esgota no financeiramente possível, uma vez envolve fatores que militam contra o Poder Público, tais como a falta de gestão adequada na alocação dos recursos públicos para setores prioritários, a ineficiência administrativa, o descaso governamental para com os hipossuficiências que formam a maioria da sociedade brasileira, as escolhas políticas que são feitas dissociadas com a realidade social etc.

Numa República, onde todas as pessoas são materialmente iguais aos olhos da lei, não vigora exclusivamente a vontade da maioria representada politicamente, deve-se, ao contrário, todos ser representados. Dessa forma, os Poderes Executivo e Legislativo naturalmente procuração satisfazer a vontade daqueles que os elegeram em alinhamento com as ideologias que representam. Ao Poder Judiciário, no entanto, foi outorgada a função de agir conforme a Constituição e a lei, que a todos alcança sem qualquer distinção, desde a vontade geral do povo brasileiro até a pessoa mais simples e isolada, cuja integridade física ou psíquica se encontra ameaçada diante de uma lesão em concreto.

Assim, deve o Poder Pública garantir o "mínimo existencial", ou seja, condições mínimas para uma existência humana e digna, em compasso com o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988. Trata-se da concessão dos direitos mais basilares e existenciais a que uma pessoa necessita para viver, visto que tão somente sobreviver não se compactua com o que se entende por "dignidade".

Conforme o STF, o mínimo existencial é uma limitação à cláusula da reserva do possível, pois a reserva do possível só poderá ser invocada pelo Poder Público como argumento para a não concretização de direitos sociais uma vez que tenha sido assegurado o mínimo existencial pelo Estado. É dizer, a reserva do possível somente é invocável após a garantia do mínimo existencial pelo Estado, tratando-se de uma obrigação inafastável.

Foi dito anteriormente que há divergência na doutrina sobre qual cláusula deve prevalecer no caso concreto. Há visões que conferem preferência à reserva do possível, outras, defendem o mínimo existencial.

A primeira visão, mais liberal, entende que não caberia ao Poder Judiciário, sob pena de violação à separação dos poderes, intervir na execução de políticas públicas, observando-se integralmente a "reserva do possível".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A visão mais intervencionista não considera a "reserva do possível" como um limitador para a concretização dos direitos sociais. Assim, os direitos sociais não poderiam ser considerados normas de caráter meramente programático. Esses defendem a judicialização das políticas públicas, consequentemente, para promover a máxima efetivação dos direitos sociais em pé de igualdade com outros direitos individuais, os quais são menos custosos financeiramente.

5. CONCLUSÃO

O postulado constitucional da separação dos Poderes há de ser preservado pelos próprios Poderes, utilizando-se dos instrumentos disponíveis à luz do sistema de freios e contrapesos, com proporcionalidade na forma de execução e sem extrapolar seus próprios limites.

Outrossim, ante as próprias premissas programáticas da Carta da República, a voz da doutrina especializada e a jurisprudência que vem se formando nos tribunais superiores, é dever de todos os Poderes e personagens estatais materializar os direitos sociais fundamentais com a máxima efetividade, sobretudo quando a inação de um desencadear a reação do outro.

Destacando-se o Poder Judiciário nesse cenário, que embora deva cooperar, ou até substituir, a ação de outro Poder, há de se abster ao máximo até que sua participação seja de fato necessária, como no caso da tutela à saúde da população que, em tempos de crise, se torna ainda mais evidente.

É evidente que a Constituição milita em favor do bem estar de todos, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros os bens indispensáveis à sua substância. Nessa missão o Estado atua como provedor, ofertando políticas públicas aos cidadãos, não podendo tão somente se limitar a não agir na esfera individual dos indivíduos.

Há uma obrigação explícita de agir, de fazer e de materializar os direitos sociais, cabendo ao Poder Pública criar estruturas capazes de suportar os riscos à saúde da população, construir escolas para a capacitação das crianças e adolescentes, oferecer serviços segurança mediante policiamento ostensivo e investigativo, proteger os mais vulneráveis através de ações previdenciárias e socias etc.

Quando o Estado-Provedor não age, cabe ao Estado-Juiz ordenar o agir, caso seja provocado para tratar de direito violado, em obediência as determinações da Constituição Federal e da lei. Disso surge o ativismo judicial e a judicialização, fenômenos controversos, porém discutivelmente necessários à preservação do mínimo existencial.

É bem dizer, considerando todo o exposto no artigo, o Poder Judiciário está legitimado pela Constituição Federal a intervir noutro Poder, atentando-se às exigências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1055 de 30/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

do caso concreto e à imprescindibilidade da medida a ser adotada, quando houver lesão, ou até mesmo perigo de lesão a direito, não podendo nem mesmo a lei dispor em sentido contrário.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet, Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional positivo**. 43º ed ver. e atual. São Paulo, 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional** / Nathalia Masson – 6º ed. Ver. Ampl. e atual. Salvador: JusPODVM, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. STJ – **Agravo de Instrumento n. 1011503-98.2021.4.01.0000**, Relator: Humberto Martins

BRASIL. TJ/SP – **Suspensão liminar de Sentença n. 2104888-88.2020.8.26.0000,** Relator: Geraldo Francisco.

BRAASIL. STF - **HC 172.136, 2020**, Relator: Celso de Mello

Disponível em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347322> Acesso em 01/11/2021

Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/ > Acesso em 01/11/2021

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/327506/tj-sp-suspende-decisao-que-determinava-reabertura-do-comercio-em-piracicaba> Acesso em 01/11/2021

Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial> Acesso em 01/11/2021

Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-04/stj-suspende-decisao-que-determinava-novo-lockdown-no-distrito-federal> Acesso em 01/11/2021

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433 > Acesso em 02/11/2021

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo Judicial e controle de políticas públicas. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/221-802-5-pb.pdf> Acesso em 01/11/2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4> Acesso em 02/11/2021

Professor Ricardo Vale, Curso de Direito Constitucional, aula 03, direitos sociais, PDF, Estratégia Concursos.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> 01.11.2021.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em 01.11.2021