

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 989

(Ano XII)

(02/12/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

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: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Agente disfarçado, estatuto do desarmamento, lei de drogas e lei anticrime: interpretações perigosas

Eduardo Luiz Santos Cabette, 06.

ARTIGOS

Lavagem de dinheiro: conflito entre a teoria da imputação objetiva e as prerrogativas do advogado

Weryton Leite Da Cunha, 12.

O trabalho como forma de ressocialização do sentenciado inserido no Sistema Penitenciário

Isabelle Sene, 24.

Paternidade presumida: os direitos de reconhecimento da prole

Paula Beatriz Sampaio Costa, 39.

Aborto em águas internacionais e o caso "Women on Waves"

Priscilla Neves Silva, 50.

Maus tratos aos animais domésticos e sua proteção jurídica

Narita Nascimento de Almeida, 64.

O racismo e seus impactos no Poder Judiciário

David Andrews gama Pereira, 78.

Insalubridade e periculosidade: da Caracterização aos Impactos Ocupacionais e Financeiros

Gustavo Antonio Nelson Baldan, 92.

A prática de crimes contra a mulher no âmbito familiar

Carla Daiana Medeiros Leal, 105.

Inconstitucionalidade da execução provisória da pena no Tribunal do Júri

Maria Rosa de Castro Lima, 121.

Conciliação: Sua eficácia no PROCON

Janáina Rocha de Almeida, 142.

O caráter indeterminado da medida de segurança aplicada aos inimputáveis à luz garantia constitucional de proibição de pena de caráter perpétuo

Liliane Souza Vasconcelos, 157.

A ineficácia do Estatuto do Desarmamento na redução da criminalidade

Danilo de Freitas Gonçalves, 174.

A inviabilidade na interposição de recursos de natureza extraordinária em reexame necessário

Daniel Carvalho Oliveira, 186.

Motoristas de aplicativo: empreendedores ou empregados?

Sabrina do Carmo Barros, 211.

A necessidade do licenciamento ambiental nas ações expropriatórias para fins de utilidade pública sob a óptica do Decreto-Lei nº 3.365/41

Thiago Reis Bernabeu, 225.

A cessação do contrato de trabalho e as principais mudanças frente a Lei 13.467/17

Júlio Cezar José Santana, 242.

Princípio da proteção aplicada ao Direito Trabalhista

Karine Solart Farias, 266.

A efetividade das normas de inclusão da candidatura da mulher para deputada estadual na Assembleia Legislativa do Tocantins

Jhuly Ohany Rodrigues Carneiro, 281.

Direito à saúde: responsabilidade do Estado, intervenção do judiciário e os reflexos da covid-19.

Karinne de Sousa Moura Andrade, 297.

Princípios do Direito do Trabalho

Amanda Henriques de Oliveira Rocha Bessa, 317.

O princípio da seletividade e a sua aplicação na cobrança exclusiva sobre os medicamentos

Kássia Lopes de Pontes, 329.

O reexame necessário e os princípios constitucionais

Daniel Carvalho Oliveira, 341.

Responsabilidade civil em transporte fluvial: como comprovar a responsabilidade civil dos réus e o direito a indenização do passageiro

Darcy Fernanda Bentes de Oliveira, 352.

Análise do filme “The Plataform” à luz da teoria diferenciadora do estado de necessidade

Paloma da Silva Oliveira, 367.

O empréstimo compulsório no ordenamento jurídico pátrio e sua aplicabilidade em época de calamidade pública

Geovanna Coelho Fonseca, 382.

O reconhecimento das relações poliafetivas como entidades familiares

Sharon Kamila Pereira, 393.

Aspectos jurídicos da abordagem policial

Edsel Pereira Castelo Branco, 405.

Inseminação artificial post mortem: uma análise jurídica acerca do direito sucessório da prole eventual

Fernanda Gomes Ribeiro, 424.

A mediação e conciliação como medidas de solução de conflitos em condomínios

Elaine Aparecida Santos Nascimento Almeida, 446.

Tribunal do Júri e a inconstitucionalidade da prisão automática

Luciana Oliveira Santos, 463.

Gestão Tributária: fator positivo no desenvolvimento e permanência das Microempresas na Cidade de Manaus

Elimeury Figueiredo de Sena, 476.

Reconhecimento da união estável post mortem para fins de pensão previdenciária

Jorge Gleis Batista Oliveira, 482.

Assistência e previdência social, seguro desemprego e o estado de calamidade pública

Karine da Silva Costa, 499.

Encarceramento feminino no estado do Tocantins sob a ótica da dignidade da pessoa humana

Sinndy Mendonça dos Santos, 515.

Herança digital: valor patrimonial e a sucessão dos bens armazenados virtualmente

Ana Cleide de Sousa Silva, 530.

Desafios e eficácia do planejamento orçamentário na produção de laticínios

Ana Carolina Pena Gomes, Amanda de Almeida Scavazini e Sabrina de Almeida Conceição, 543.

Incentivos fiscais relacionados às empresas do terceiro setor

Lara da Silva Polveiro, Luigi Puitti Arnal Pereira e Suelen Braga da Silva, 559.

Análise acerca da responsabilidade civil dos pais por atos praticados por seus filhos

Ramiro da Silva Luna, 571.

Direito Administrativo: contratações do âmbito da administração pública por dispensa e inexigibilidade de licitação

Elwis Eronn Batista de Sousa, 581.

Atuação do delegado de polícia: o delegado de polícia como primeiro garantidor de direitos fundamentais

Alessandra de Araújo Batista, 587.

Proteção ao transexual feminino: a possibilidade de aplicação da lei maria da penha aos casos de violência doméstica contra transexuais femininos

Sanmella de Sousa Cajado, 600.

A dupla paternidade/maternidade no registro civil brasileiro

Kayke Leonan Soares de Oliveira, 612.

Regime obrigatório de separação de bens para maiores de 70 anos: proteção legal ou violação de direito fundamental?

Pamela Feitosa de Oliveira Cruz, 628.

AGENTE DISFARÇADO, ESTATUTO DO DESARMAMENTO, LEI DE DROGAS E LEI ANTICRIME: INTERPRETAÇÕES PERIGOSAS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A denominada “Lei Anticrime” (Lei 13.964/19) promoveu um acréscimo nas figuras do Comércio Ilegal de armas de Fogo (artigo 17 da Lei 10.826/03), do Tráfico Internacional de Armas de Fogo (artigo 18 da Lei 10.826/03) e do Tráfico de Drogas (artigo 33 da Lei 11.343/06). Respectivamente em um novo § 2º., um Parágrafo Único e, finalmente, um inciso IV do § 1º., estabeleceu que a venda ou entrega de arma de fogo, acessório ou munição, bem como de drogas ilícitas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, de forma irregular a agente policial disfarçado impõe a responsabilização criminal pelos crimes acima mencionados de acordo com cada caso, desde que presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Esse novo dispositivo nada mais é do que a positivação de um entendimento já predominante na doutrina e na jurisprudência pátrias quanto a não caracterização do chamado “Flagrante Preparado” ou “Crime de Ensaio” nessas circunstâncias, já que se tratam de crimes plurinucleares e o agente já perpetrava anteriormente, sem induzimento ou instigação de agente provocador, núcleos verbais presentes nos tipos penais. Obviamente a venda ou entrega constituiria crime impossível, nos termos do artigo 17, CP e Súmula 145, STF. Mas, nada impede o reconhecimento de condutas prévias como as de “ocultar”, “ter em depósito”, “trazer consigo” ou “guardar”, as quais, inclusive, são permanentes. [1]

Embora o legislador utilize, inadequadamente, uma redação que dá a impressão de tratar-se de um novo tipo penal incriminador, na verdade, essas inovações constituem mera *norma penal de caráter explicativo* que, como já visto, apenas positivam entendimento fortemente assentado na doutrina e na jurisprudência. [2]

Não obstante, uma primeira vertente interpretativa temerária já defende, sem maior reflexão, a natureza jurídica de “crime” ou “norma penal incriminadora” com relação a esses dispositivos [3], o que pode ser o embrião para outras perigosas conclusões capazes de ferir princípios constitucionais, princípios básicos do Direito Penal e a própria higidez da dogmática jurídico – penal. [4]

Insustentável também, portanto, por outra perspectiva, a interpretação de que os dispositivos em estudo sejam “crimes” ou “normas penais incriminadoras”. Se assim fosse, seria necessário admitir que a nova incriminação se dá somente a partir do vigor da Lei 13.964/19 com suas alterações promovidas nos artigos 17 e 18 da Lei 10.826/03 e 33 da Lei

11.343/06. Nesse passo, anteriormente não haveria crime nessas condutas e todas as prisões efetuadas ao longo de todos esses anos, bem como as respectivas condenações criminais teriam se dado com sustento em fatos atípicos. Em suma, a "novatio legis incriminadora" não poderia ter força retroativa para o fim de incriminar e, inusitadamente, de forma concomitante, retroagiria para beneficiar réus por fatos ocorridos antes de sua vigência. Não é que a nova norma propriamente "retroagiria", mas produziria *uma espécie de efeito retroativo reflexo* absolutamente inédito e até difícil de expressar em palavras técnicas ou mesmo comuns. Isso ocorreria porque se cometeria o erro crasso de confundir norma penal incriminadora com um entendimento doutrinário – jurisprudencial antecedente e agora positivado que versava a respeito de condutas já incriminadas pela lei e que assim continuam, sem qualquer alteração (hipótese de continuidade normativo - típica e não de "novatio legis incriminadora"). Toda essa confusão se dá por um descuido perigosíssimo com a observância dos critérios da "dogmática jurídica" e das distinções das "categorias" na interpretação e aplicação das leis, o que, conforme destacam Zaffaroni e Pierangeli, é altamente deletério, ferindo de morte a coerência do ordenamento jurídico, sua unidade, sua lógica necessária, sua não contradição enfim. [5]

Ademais, considerando a conduta criminosa como sendo a venda ou entrega de arma ou droga ilícita a policial disfarçado, surge a indagação sobre qual bem jurídico seria atingido por essa prática? A incriminação recairia sobre um ato teatral, uma simulação sem qualquer consequência no mundo real. E não cabe o recurso às práticas antecedentes, já que estas seriam, neste quadro, apenas um pressuposto para a aplicação do suposto novo tipo penal. A resposta, portanto, quanto ao bem jurídico atingido é de que seria nenhum. Não há bem jurídico atingido por uma representação fantasiosa de comércio clandestino de armas ou drogas. Pretender que esse ato isolado seja crime, em uma ilustração hiperbólica, corresponderia a passar a prender, processar e condenar atores de filmes e de teatro que encenam a prática de condutas delitivas. Há evidente violação do *Princípio da Lesividade* nesse pretensão reconhecimento das novas normativas como tipos penais. [6]

Naquilo que se pode definir como rematado absurdo, pode surgir a alegação de que o comércio ficto havido entre o infrator e o agente disfarçado, não somente seria um crime, mas também um crime autônomo, gerador de concurso material do suposto ilícito do § 2º., com as condutas antecedentes integrantes do crime de ação múltipla, consideradas imprescindíveis para a penalização nos termos do "caput" dos artigos 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento e do artigo 33 da Lei de Drogas.

Logo em primeiro plano essa construção teórica se equivoca diante do mais comezinho conhecimento da natureza e das características inerentes aos crimes de ação múltipla, de conteúdo variado, plurinucleares ou tipos mistos alternativos. Esses tipos penais, constituídos de vários núcleos verbais ou da descrição de várias condutas, estão afetos àquilo que a doutrina convencionou chamar de "Princípio da Alternatividade". Dessa forma, a incidência do agente, nas mesmas circunstâncias, em mais de um núcleo verbal ou conduta, não leva à pluralidade delitual. Mesmo incidindo em mais de uma conduta, o agente responde por crime único. [7] Só isso já seria mais que suficiente para refutar de forma definitiva a tese estapafúrdia do concurso delinquencial.

Acontece que, para além do acima exposto, há ainda mais um argumento decisivo.

A atuação do agente disfarçado é nada mais do que um meio de obtenção de prova da infração, sendo o ato de venda ou entrega a ele da arma ou droga em comércio ilegal, segundo entendimento consolidado, mero “crime de ensaio” impunível. Na verdade, uma espécie de simulação de uma suposta conduta criminoso. Usando uma terminologia aristotélica, simples “formato”, desprovido de “forma” ou “substância”. [8] O intento de converter um mero meio de obtenção de prova em instrumento de criminalização autônomo, equivale à surreal transmutação da obtenção de prova em uma segunda responsabilização criminal do implicado. *Uma espécie de “bis in idem” transdisciplinar entre o Direito Penal e o Processo Penal.* Recorrendo à técnica retórico - argumentativa do argumento “ad absurdum”, equivaleria a pretender incriminar um autor de roubo, por exemplo, pelo ato probatório do reconhecimento ou o autor de qualquer crime pelo ato da confissão! Ora, este segundo exemplo é bem descritivo da absurdidade de sequer considerar a hipótese da dupla incriminação. Note-se que a confissão, não somente não conduz a mais uma responsabilização criminal, como constitui atenuante genérica prevista na Parte Geral do Código Penal Brasileiro (artigo 65, III, “d”, CP). A autoincriminação sequer pode ser imposta a ninguém, muito menos, quando de alguma forma ocorre por meios considerados lícitos e admissíveis, poderia se converter em crime autônomo que se somaria ao delito anterior! Quando o agente é enredado na trama lícita do agente infiltrado, acaba se autoincriminando em uma situação excepcionalmente permitida legalmente. Entretanto, parece que tal excepcionalidade já é mais que suficiente, não sendo defensável que se converta em instrumento de uma segunda responsabilização criminal. Isso certamente violaria a proibição de dupla incriminação pelo mesmo motivo, o Princípio da Alternatividade e até mesmo a mais mínima noção de razoabilidade.

Percebe-se, de acordo com o exposto, que não só os parágrafos que tratam da atuação do agente disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas não têm natureza jurídica de crimes, mas também, ainda que esse tivesse ou mesmo tenha sido o intento do legislador ordinário, isso seria absolutamente inviável. O eventual “projeto” do legislador ordinário se chocaria frontalmente com princípios básicos do Direito Penal e da Carta Magna, revelando patente inconstitucionalidade. A condição de validade da norma em estudo é exatamente que sequer haja a pretensão espúria de constituir-se em tipo penal. Essa é sua única interpretação consoante a Constituição e os princípios que norteiam o Direito Penal hodierno.

Em suma, os dispositivos em estudo não são, em si, inconstitucionais, mas podem sê-lo em caso de uma eventual interpretação e/ou aplicação inadequada.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 19^a. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

FRANCO, Alberto Silva (org.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5^a. ed. São Paulo: RT, 1995.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O agente policial disfarçado na Lei n. 13.964/19 (Lei do Pacote Anticrime). Disponível em <https://juspol.com.br/o-agente-policial-disfarçado-na-lei-no-13-964-2019-lei-do-pacote-anticrime/amp/>, acesso em 02.05.2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 1. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Volume 1. São Paulo: Paulus, 2003.

SANNINI NETO, Francisco. A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/81754/a-figura-do-agente-policial-disfarçado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal>, acesso em 02.05.2020.

TAVARES, Leonardo Ribas. Novas Teses do STJ sobre Prisão em Flagrante. Disponível em <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/prisao-em-flagrante-jurisprudencia-em-teses-stj-edicao-n-120/>, acesso em 31.10.2020.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5a. edi. São Paulo: RT, 2004.

NOTAS:

[1] Neste sentido: MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 711. Por seu turno, Alberto Silva Franco apresenta diversas decisões jurisprudenciais abrigoando o entendimento de que o flagrante preparado é afastado quando há consumação prévia do delito independentemente do agente provocador. Decisões que se espraiam em Tribunais de Justiça Estaduais, no STJ e no STF. Cf. FRANCO, Alberto Silva (org.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 190 – 191. Nada se alterou ao longo do tempo a respeito dessa interpretação jurisprudencial. Em 2019, na edição 120 da “Jurisprudência em Teses” do STJ, encontra-se a seguinte orientação: “O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é de ação múltipla e de natureza permanente, razão pela qual a prática criminoso se consuma, por exemplo, a depender do caso concreto, nas condutas de “ter em depósito”, “guardar”, “transportar” e “trazer consigo”, antes mesmo da atuação provocadora da polícia, o que afasta a tese defensiva de flagrante preparado”. Cf. TAVARES, Leonardo Ribas. Novas Teses do STJ sobre Prisão em Flagrante. Disponível em <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/prisao-em-flagrante-jurisprudencia-em-teses-stj-edicao-n-120/>, acesso em 31.10.2020.

[2] Em uma das primeiras abordagens dessa questão assim já se manifestou Francisco Sannini Neto. Cf. SANNINI NETO, Francisco. A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/81754/a-figura-do-agente-policial-disfarçado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal>, acesso em 02.05.2020.

[3] Cf. LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O agente policial disfarçado na Lei n. 13.964/19 (Lei do Pacote Anticrime). Disponível em <https://juspol.com.br/o-agente-policial-disfarcado-na-lei-no-13-964-2019-lei-do-pacote-anticrime/amp/>, acesso em 02.05.2020.

[4] Princípios como o “non bis in idem”, a razoabilidade ou mesmo a responsabilização por meio do “versare in re ilícita”.

[5] ZAFFARONI, Raúl Eugênio, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5a. edi. São Paulo: RT, 2004, p. 161.

[6] Para além até mesmo da necessidade de atingimento de um bem jurídico a legitimar a existência e aplicação de um tipo penal, ainda é necessário comprovar a “necessidade de tutela penal”, tendo em vista sua característica “subsidiária” ou de “ultima ratio”, conforme ensina, entre outros, Figueiredo Dias. Imagine-se quando não há sequer um bem jurídico a ser tutelado diante de uma mera encenação? A deslegitimação é mais que patente. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 127 – 129.

[7] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 1. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 266. O autor chama a atenção para a polêmica existente quanto aos princípios de solução do conflito aparente de normas, mas indica que são em geral acatados “na doutrina e na jurisprudência”. Op. Cit., p. 267. No mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 19ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2015, p.95. Inobstante haja críticas a respeito de tratar-se realmente de um caso de conflito ou concurso aparente de normas aquele descrito nas hipóteses de alternatividade, fato é que a solução de unidade criminal havendo várias condutas nas mesmas circunstâncias é acatada em geral.

[8] REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Volume 1. São Paulo: Paulus, 2003, p. 194.

LAVAGEM DE DINHEIRO: CONFLITO ENTRE A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E AS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

WERYTON LEITE DA CUNHA:
Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário CEUNI-
FAMETRO

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise do crime de lavagem de capitais, também entendido como crime de lavagem de dinheiro, sob a ótica profissional dos advogados, tendo em vista que na atualidade, tem se tornado comum advogados e seus respectivos escritórios estarem envolvidos em situações que envolvam tal crime, e estes alegam que o recebimento do dinheiro está vinculado aos honorários, e usam como defesa o sigilo profissional do Estatuto dos Advogados. O tema abordado entra em conflito com a Teoria da Imputação Objetiva, onde pressupõe que o agente, neste caso o advogado, pode ser responsabilizado por tal crime sem que precise provar o dolo. Para melhor compreensão do tema, iremos analisar determinado crime, a fim de analisar as prerrogativas do advogado em contradição da imputação objetiva. O estudo deste crime é de grande relevância, tendo em vista que muitos não têm conhecimento dos meios em que podem ocorrer a lavagem de capitais.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de lavagem de capitais. Teoria da Imputação Objetiva. Estatuto dos Advogados.

ABSTRACT: This work aims to analyze the crime of money laundering, also understood as a crime of money laundering, from the professional perspective of lawyers, considering that nowadays, it has become common for lawyers and their respective offices to be involved in situations involving such a crime, and they claim that the receipt of the money is linked to the fees, and use as a defense the professional secrecy of the Lawyers Statute. The topic addressed conflicts with the Objective Imputation Theory, where it assumes that the agent, in this case the lawyer, can be held responsible for such a crime without having to prove fraud. For a better understanding of the topic, we will analyze a certain crime, in order to analyze the attorney's prerogatives in contradiction to the objective imputation. The study of this crime is of great relevance, given that many are unaware of the means in which money laundering can occur.

KEYWORDS: Crime of money laundering. Objective Imputation Theory. Statute of Lawyers.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. O CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS ATINGINDO A CLASSE ADVOCATÍCIA. 3 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A LAVAGEM DE DINHEIRO. 4 AS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO EM CONTRADIÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERENCIAS.

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que desde a antiguidade o dinheiro faz parte da vida do ser humano, sendo utilizado desde as mais básicas necessidades do homem até as mais sofisticadas. Através do dinheiro o ser humano pode conseguir obter bens materiais, serviços prestados entre outras atribuições. Por conta disso, a busca por esse meio de poder aquisitivo fez com que o homem desenvolvesse meios para o adquirir e não só o meio certo e justo que fora desenvolvido, mas também as organizações criminosas.

A partir da globalização ocorreu um enorme avanço da tecnologia, por conta disso as organizações criminosas também puderam se desenvolver chegando a níveis internacionais. Como um meio para tentar combater esse problema ocorreu a chamada convenção de Viena, da qual muitos países foram signatários, sendo um deles o Brasil. Com isso, em muitos países as legislações sobre o combate à lavagem de dinheiro foram inseridas no meio jurídico.

O crime de lavagem de capitais pode ser entendido como o uso de dinheiro sujo, ou seja, vindo de atividades criminosas como por exemplo o crime organizado e corrupção. Entende-se então que, para que ocorra a lavagem de dinheiro, é necessário que ocorra um crime antecedente, portanto, ele é de natureza acessória. Com isso, percebe-se que é utilizado dinheiro ilícito nas operações financeiras de cada país, para passar a imagem de que é um dinheiro lícito.

Pode-se analisar este crime a partir da Teoria da Imputação Objetiva, que pressupõe que o agente, ou seja, o advogado, pode ser responsabilizado pelo crime de lavagem de capitais sem precisar provar que existiu o dolo. Essa teoria é firmada no conceito fundamental de risco permitido. Se o risco não for socialmente tolerável, será adequado a imputação objetiva.

Por outro lado, existe a defesa da advocacia, que envolve as prerrogativas do advogado, sendo elas o dever sigilo e a liberdade do exercício da profissão.

O dever de sigilo diz respeito às informações ou segredos de seus clientes, que não poderão ser expostas. É privilégio de o advogado exercer sua profissão com total liberdade no território nacional. Diante desse cenário, levando em conta o problema de lavagem de capitais, o questionamento de como encarar a questão do pagamento de honorários advocatícios, levanta-se.

Entende-se que o crime de lavagem de dinheiro é algo corriqueiro, ou seja, algo comum de acontecer e que, além disso, é um crime que pode ser cometido por qualquer pessoa. Desta forma, pode-se afirmar de acordo com o Art. 9, inciso XIV da Lei 9.613/98, quem exercer a profissão de advogado não exclui a possibilidade de cometer tal crime, pois no mesmo artigo é dito que pessoas físicas ou jurídicas, que prestam serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, devem não apenas esclarecer, mas também teriam que comunicar operações suspeitas dos seus clientes.

Por outro lado, o advogado que não seguir o que dispõe o artigo 34, VIII da Lei 8.906/94 comete infração:

Constitui infração disciplinar: estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário; (Lei 8.906, 1994, Artigo 34, VIII)

Pode-se acrescentar que de acordo com o Estatuto do Advogado, o advogado não é obrigado a depor como testemunha para dar informação sobre algo que tenha a ver com a sua profissão, e caso o faça, o advogado estaria violando o sigilo profissional o qual foi submetido, de acordo com a Lei 8.906/94, Art. 34, VIII. Então, para que exista um meio termo no meio do impasse sobre os honorários advocatícios, seria necessário analisar de forma detalhada e de alguma maneira não invasiva, o caso em questão, para então saber se caracteriza ou não o crime como lavagem de capital e com isso estabelecendo de o recebimento de honorários foi ilícito ou não. O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise do crime de lavagem de capitais, também entendido como crime de lavagem de dinheiro, sob a ótica profissional dos advogados, tendo em vista que na atualidade, tem se tornado comum advogados e seus respectivos escritórios estarem envolvidos em situações que envolvam tal crime, e estes alegam que o recebimento do dinheiro está vinculado aos honorários, e usam como defesa o sigilo profissional do Estatuto dos Advogados.

O estudo deste tema, revela a importância do entendimento do crime de lavagem de capitais na área jurídica. Na realização de curso na área penal, a determinar aperfeiçoamento de conhecimentos para aplicação de toda a gama de legislação penal brasileira existente.

Ademais, descobrir qual a melhor maneira de lidar com o impasse, levando em consideração a teoria da imputação objetiva, no qual pode ser responsabilizado pelo crime de lavagem de capitais sem precisar provar o dolo, ou se pelas prerrogativas do advogado.

Em meio aos tipos de pesquisas disponíveis, este trabalho buscou auxílio nas pesquisas do tipo bibliográficas e artigos científicos, uma vez que foi realizada a consulta em documentos e trabalhos já elaborados por outras pessoas, para o melhor entendimento sobre a tecnologia e seus benefícios no meio jurídico.

2 O CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS ATINGINDO A CLASSE ADVOCATÍCIA

O Brasil ratificou a Convenção de Viena no ano de 1991, com isso, assumindo o compromisso de editar leis no modelo que fora definido pelo citado documento internacional, ou seja, “tipificar penalmente o ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico”. (PITOMBO; 2003)

A lavagem de dinheiro é uma prática antiga que se resume em dar uma aparência legal para recursos obtidos de maneira ilícita, ou seja, a obtenção de recursos por meio de atos criminosos, que podem variar do tráfico, sequestro, chantagem, corrupção, entre vários

outros (FERRARI, 2017). Com isso, torna-se necessário que criminoso ou organização criminosa tente dissimular a origem de sua riqueza, para não levantar suspeitas e passar a aparência de que o dinheiro em questão, seja um dinheiro limpo.

A lei de lavagem de dinheiro alcançou o objetivo apontado no art. 1º da Lei 12.683/2012: “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. Sendo assim, a finalidade é prevenir os crimes graves, a sanidade do sistema financeiro e da ordem econômica, propondo a segurança do Estado e da sociedade e o melhorando a persecução de infrações penais de grande relevância, “pelos seus impactos sociais deletérios e repercussões negativas, no plano doméstico e no espaço transnacional”

Esse delito nasceu a partir de um desdobramento do tráfico internacional de entorpecentes que assombrava o mundo todo, principalmente em razão da reciclagem de dinheiro proporcionada pelo tráfico. Começou-se a buscar uma maneira de lutar contra o crime, pois o mesmo só cresce se tiver condições de se autofinanciar. De acordo com Ricardo Antônio (2019) “o objetivo principal desse diploma é dar contribuição ao combate ao crime organizado em nível transnacional”.

Nas palavras de Luiz Regis (2005) o crime de lavagem de dinheiro, pode ser entendido como “o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultada tal procedência, são integrados no sistema econômico e financeiro”.

Segundo Fernando Capez (2011), o delito de lavagem de dinheiro é o “processo por meio do qual se opera a transformação de recursos obtidos de forma ilícita em ativos com aparente origem legal, inserindo, um grande volume de fundos nos mais diversos setores da economia”.

Existe um caso em questão que nos últimos tempos tem chamado a atenção das autoridades, que é o crime de lavagem de dinheiro no exercício da advocacia. Isto acontece porque diante do sigilo profissional, alguns advogados têm usado seus escritórios para movimentar dinheiro sujo, de determinados clientes, a fim de lucrar com percentuais acordados, e usam como justificativa que o dinheiro recebido, é dinheiro de honorários pelo serviço prestado.

A reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº. 12.683/12) inseriu no seu artigo 9º, inciso XIV, como sujeitos obrigados aos mecanismos de controle “as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência de qualquer natureza, em operações. (...)” embora a lei não tenha acrescentado de maneira expressa os advogados, a análise do dispositivo demonstra a identificação destes entre os profissionais que prestam serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência.

Cabe entender que, os delitos são classificados conforme a conduta do agente, podendo ser tanto positiva como negativa. Os tipos penais na maior parte das vezes, descrevem suas condutas positivas, consistentes num fazer. Em alguns tipos penais é possível encontrar descrições expressas de condutas negativas, ou seja, consistentes num não fazer.

Após a distinção entre condutas positivas e negativas, os delitos passam a ser classificados em comissivos e omissivos. A ação comissiva nasce de uma conduta positiva do agente, ação em sentido estrito, descrita pela figura típica e consumam-se com a produção do resultado. Enquanto os crimes omissivos são entendidos por virem de omissões tipificadas pela lei, condutas negativas, consumam-se com a simples inércia. (BIERRENBACH; 2002)

Outra mudança que ocorreu na lei fora no seu artigo 3º da lei anterior que elencava sobre a insuscetibilidade de fiança e liberdade provisória, pois tal dispositivo foi reputado inconstitucional pela jurisprudência do STF (GOULART, 2012).

Alguns autores entendem que a independência do crime de lavagem de capitais com relação a infração antecedente, entendendo que os bens jurídicos tutelados pelas infrações anteriores tem a capacidade de serem vários, independe a natureza da infração antecedente, pois a conduta central é ocultar e dissimular valores e bens obtidos ilícitamente, sendo assim, e possuindo isso em vista, se entende que um contraventor envolvido com jogo do bicho pode ocultar e dissimular valores e bens, à mesma quantidade, ou até mais, que um traficante de drogas (SOARES).

Cabe entender que analisando literalmente, o advogado utiliza valores provenientes de infração penal em suas operações financeiras se recebe honorários para poder defender sujeitos que possuem como fonte de renda o crime. Entretanto, a incidência estrita do dispositivo tem efeito catastrófico, com extinção dos advogados criminalistas (CALLEGARI e WEBER, 2014, p. 119).

É importante frisar o sigilo profissional, para que se entenda até que ponto é necessário que não exista uma investigação que invada tal premissa. Marcelo Mendroni (2014) conclui que:

O direito de sigilo profissional, como qualquer outro direito, não pode ser absoluto. Não é possível interpretar, nesses casos, que o advogado não possa ou não deva, “por dever de sigilo profissional” recusar-se a prestar informações a respeito de “qual a causa” que defende, e “quem” é ou quem são os seus clientes. O sigilo profissional do advogado é evidentemente inerente ao âmbito do teor do processo, e não aos dados exteriores a ele relativos. (MENDRONI, 2014)

Entretanto, não se pode olvidar que os advogados, em determinados casos, também prestam consultoria ou assessoramento em questões não jurídicas, ou seja, serviços que poderiam ser prestados por profissionais de outras áreas, como contadores, economistas ou outros. Nestes casos, porquanto atividades não típicas da advocacia, os profissionais não estariam resguardados pelo dever/direito de sigilo. Ao final cabe apenas a ressalva de que o dever/direito de sigilo, ainda que relativo às atividades privativas da advocacia, apenas teria preferência no caso de atuação de boa-fé do advogado. (MENDRONI, 2014)

3 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A LAVAGEM DE DINHEIRO

Se encontra no art. 1º da Lei nº. 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012, como crime de lavagem de capitais o ato de “ [...] ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa”.

Dispõe o artigo 9º da Lei nº 9.613 de 3 de Março de 1998:

Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Lei nº 9.613, 1998, Art. 9, P.U).

Ou seja, de acordo com o art. 9º e seu parágrafo único da Lei de Lavagem de Capitais, são sujeitos de obrigações da Lei de lavagem, as pessoas físicas e jurídicas que possuem, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, relacionada a movimentação financeira.

O intuito de procurar responsabilizar pessoas físicas e jurídicas é justamente aumentar o controle sobre a circulação de capital, e sempre que possível, diminuir a possibilidade de “cegueira diante dos fatos” daqueles que tem o condão de averiguar um eventual ato de lavagem de capitais no caso concreto, e deixam de fazê-lo.

Indo de acordo com a teoria da imputação objetiva, o resultado da ação deve ser imputado ao autor no momento em que ele ultrapassar o risco permitido, fazendo com que haja um perigo não permitido, e esse perigo se concretizar em um resultado que esteja dentro do âmbito de proteção da norma. Para que o agente seja responsabilizado pelo dano, o nexo de causalidade não é fator suficiente, como a teoria da equivalência das condições coloca. É necessário ir além disso, a existência de um nexo, de aumento do risco, o qual seria apurado através dos critérios por ele desenvolvido na teoria da imputação objetiva (SANTOS; BÜRGEL, 2015, p. 308).

O ponto central não é imputar um resultado a um homem segundo o dogma da relação de causalidade material, se ele, realizando determinada conduta, produziu certo resultado naturalístico. O âmago da questão, pois nos encontramos no plano jurídico e não na área das ciências físicas, reside em estabelecer um critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo, valorativo. Por isso, não põe em destaque o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, e sim o resultado (ou evento) jurídico, que corresponde à afetação jurídica: lesão ou perigo de lesão do bem penalmente tutelado, o objeto jurídico (JESUS;2014, p. 295)

Não haverá imputação quando o agente deixar de criar um risco, ou ainda, mesmo tendo criado eventual risco, se o mesmo não for proibido. Também faltará a criação de risco, e, portanto, a imputação objetiva, nos casos em que o autor modificar um curso causal, de maneira a diminuir a situação de perigo preexistente para o bem jurídico. Ou seja, quando embora tenha causado a lesão ao bem jurídico, tiver o agente atuado de modo a diminuir o

risco, pois, embora não tenha conseguido impedir o resultado, tenha atuado de forma eficaz e conseguido diminuir os danos. Afinal, se o Direito Penal não pode proibir ações não perigosas, inócuas, neutras e que não acarretem riscos, não poderá proibir ações benéficas para o bem jurídico, que se orientam no sentido de melhorar sua situação.

O crime de lavagem de capitais é comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Desse modo, é perceptível que, o advogado que acobertar a natureza, nascença, localização, disposição, arranjo, movimento ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal antecedente estará cometendo o injusto penal. Ou seja, a advocacia não é causa de imunidade em relação a este delito. (FERRARI; 2017)

Nos crimes de corrupção, é de extrema normalidade que o recebimento de propina se dê de um meio abafado, por intermédio de operações financeiras fracionadas em pequenos valores, sejam elas depósitos em espécie ou transações bancárias. Afinal, “o pagamento de propina não se faz perante holofotes.” (WEBER, 2013)

A já difundida teoria da imputação objetiva surge, de acordo com Claus Roxin, como verdadeira revolução copernicana na teoria do delito e desprende da ideia de causalidade e finalidade avaloradas, construindo o ilícito com o começo na função do direito penal. Desse modo, a ação típica passa a ser a ser efetuada de um risco não permitido dentro do alcance do tipo (ROXIN; 2008)

Se considera a ação típica como realização de um risco não permitido, é porque deduz-se que o comportamento jurídico-penalmente relevante da tarefa do direito penal, de defender o indivíduo e a sociedade contra riscos sócio-policitamente intoleráveis. (ROXIN; 2008)

Desse modo, com a teoria da imputação objetiva, cria-se uma dogmática voltada à interpretação jurídica de dados empíricos, na medida em que o risco proibido é definido por meio da análise da realidade, não levando em consideração o dolo do agente, pois este, é requisito subjetivo e deve ser analisado somente no que tange a imputação subjetiva. (CASTRO; 2014)

Imputar significa atribuir, atribuir a alguém alguma coisa. A expressão imputação objetiva, utilizada em Direito Penal, significa atribuir a alguém a prática de conduta que satisfaça as exigências objetivas necessárias à caracterização típica. Considerando a evolução verificada na teoria do crime, pode-se entender por imputação objetiva a vinculação que deve existir entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo (GALVÃO;2013, p. 274-275).

Damásio de Jesus, à sua fala esclarece sobre a imputação objetiva na qual diz que se relaciona com “[...] o nexó normativo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico (afetação do bem jurídico) [...]”, explicando que “[...] se trata de atribuir

juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico [...]” (JESUS, 2002, p. 33).

De acordo com o autor Claus Roxin, essa nova concepção ganhou força por meio da constatação de que o “ilícito nem sempre é realizado final ou casualmente, tanto o injusto culposos, como o omissivo, na perspectiva de um sistema jurídico-penal funcionalista, são o resultado de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos” (ROXIN; 2008).

4 AS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO EM CONTRADIÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Tendo em vista que a advocacia como instrumento legítimo para a defesa dos direitos individuais e interesses coletivos, pode ser entendida como uma profissão destacada pela coragem daqueles que, por ela, servem à sociedade como um meio de redução das desigualdades humanas e o aprimoramento das práticas democráticas.

Cabe assim ver pelo lado de que, qualquer limitação ao exercício da advocacia, seja ao afetar os interessados na garantia constitucional da ampla defesa ou no desmonte à função desempenhada por advogados e advogadas na salvaguarda das aspirações dos seus clientes, entra como uma maneira de limitação à prática constitucional do direito de defesa e do próprio acesso ao Estado-Judiciário. (BITTENCOUR; 2013)

Um ponto que deve ser frisado sobre a teoria da imputação objetiva é o fato de que a mesma se deslocou da possibilidade de denominação da causalidade e também da separação entre feitos que possam ser considerados próprios de elementos acidentais para que se entenda se ocorreu a realização de uma ação criadora de um risco proibido e se este risco se converteu no resultado repugnado pela norma (PRAZAK, 2009).

É de conhecimento geral que, uma das garantias constitucionais de cunho processual que servem para orientar o exercício da advocacia é conhecida como a ampla defesa. Existe diversas noções conferidas ao termo ampla defesa, entretanto, cabe destacar o de Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 171) como a mais adequada ao compromisso democrático extraído da advocacia. O autor entende que a ampla defesa é “o direito processualmente garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos das liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões”.

Tendo em vista esse conceito, pode-se entender que a ampla defesa é a realização, no espaço processual instaurado com os procedimentos judiciais, que possui o intuito da concretização da ampla argumentação, de modo a construir a decisão judicial que afetará as partes envolvidas. Assim, percebe-se que a ampla defesa é uma garantia processual com o intuito de fazer ocorrer a discussão dos pontos controvertidos vislumbrados nos processos judiciais, em sua vasta possibilidade, e exercício da argumentação como meio de perceber a legitimidade dos pronunciamentos do Estado. (LOBO; 2017)

Assim, ao advogado e à advogada devem ser conferidos instrumentos férteis para a proteção de suas atividades inerentes à postulação em juízo, tendo sido a importância da

ampla defesa explicado acima, também à proteção das liberdades individuais, dos interesses coletivos, ou seja, conseqüentemente a proteção do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, como nas demais profissões, o sigilo profissional se configura como um direito constitucional, sendo aquele que, no exercício de suas funções, guarda para si informações que lhes foram confiadas.

Ressalta Bottini e Estellita que:

O advogado, quando exerce atividades típicas de advocacia - descritas nas normas que regem a profissão - não poderá, no atual quadro normativo, ter o dever de comunicar ou notificar autoridades de eventuais atividades suspeitas ou atípicas praticadas por seus clientes que possam caracterizar a lavagem de dinheiro, mas tem o dever de se abster, de não colaborar com sua prática, sob pena de incorrer no mesmo delito (BOTTINI, ESTELLITA, p. 19 – 33).

Perante ao desenvolvimento dos crimes no atual contexto, o Direito Penal procura encontrar novas estratégias com o intuito de preservar, a todo custo, o bem juridicamente tutelado. A Lei de lavagem de Dinheiro, com as alterações imputadas pela Lei 12.683/2012, trouxe uma maior abrangência ao instituto do criminal “compliance” que, pode-se entender por uma dinâmica frente a persecução criminal com inclinação global de aplicabilidade, quanto mais ao se tratar de delitos financeiros com traços transnacionais. (GARCIA; 2017)

No contexto da teoria da imputação objetiva, caso o advogado venha se ocupar somente em exercer sua atividade com fiel proteção às normas que norteiam sua profissão, seguindo todas as prescrições legais, o que decorrer disso, na concepção de Jakobs (2014), não será responsabilidade do profissional. Entretanto, se o advogado descumpre o seu papel passando a realizar a atividade em conjunto com o cliente será caso de participação, hipótese em que o advogado foge totalmente da observância de seu papel social. (JAKOBS; 2014; p.68)

O Conselho Federal do órgão se pronunciou por juristas segundo o qual “os advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional”, posto que tais obrigações conflitam com normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o sigilo profissional.

Cabe dizer também que a Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (CNPL) ajuizou ADI (ADI 4841) no STF arguindo a inconstitucionalidade do novo dispositivo (artigo 9º, parágrafo único, inciso XIV, Lei 9.613/98), sob relatoria do decano do STF, ministro Celso de Mello.

Segundo Gunther Jakobs (2014), pode ser que o conhecimento do crime pelo advogado e o seu conseqüente, e ocultar-se de fazer algo a respeito, possa favorecer para a ocorrência do crime, porém, o favorecer psíquico não gera responsabilidade, apenas no caso

do favorecimento que se converte no próprio delito interveniente haverá imputação, nos demais casos haverá adequação social da conduta. (JAKOBS, 2014; p. 69)

É notório que o sigilo profissional sempre fora uma pauta de discussão envolvendo o direito à informação, à liberdade e à realização dos atos profissionais. Desse modo, Sobral Pinto, em reportagem referenciada no Jornal do Comércio do Rio de Janeiro, de 8 de março de 1941, colacionado na obra de Ruy de Azevedo Sodré (1975, p. 393), explica:

Quando numa consciência se instala o remorso, num organismo a moléstia e, num patrimônio, um perigo, a pessoa, que se vê assim atingida pelo mal, tem necessidade, incoercível, de se confiar a um religioso, a um médico, e a um advogado, para que, sendo informada, ampla e minuciosamente da natureza e extensão de tais males, possa este atenuá-los ou removê-los adequadamente. É claro, entretanto, que estas informações só serão completas se aquele que precisa de as ministrar tem certeza absoluta de que o sacerdote, o médico e o advogado, que as vão receber, não serão jamais, em hipótese alguma, compelidos, em nome da lei, a revelá-las a ninguém, e qualquer que seja o fim que venha a ser invocado para justificar a exigência da sua revelação.

Para a Ordem dos Advogados do Brasil, ao que diz respeito à lei 12.683/12, o fato do legislador não ter mencionado os serviços jurídicos, tendo citado um exaustivo rol de atividades, intencionalmente silenciou sobre a submissão desta categoria profissional à lei. Portanto, de acordo com princípios hermenêuticos, a lei genérica só revoga princípios de lei específica se o fizer de forma explícita, os defensores não devem, e nem podem ser obrigados a desprezar o sagrado sigilo constitucionalmente garantido entre advogado e parte.

Por mais que a advocacia seja um papel social lícito, a ação de quem a pratica pode ser entendida como causal para a prática do crime em pauta por outrem. Sendo assim, se entra no tema das ações neutras, a qual Luís Greco (2013) debate com clareza. Ações neutras são aquelas que podem ser descritas como ações cotidianas, em si lícitas, mas que podem desaguar na participação no crime de outrem. Nesse contexto, percebe-se que uma das formas de afastar a imputação objetiva da lavagem ao advogado é estabelecer o mais claramente possível o âmbito do risco permitido até onde pode ir licitamente o advogado na prestação de assessoria nessas operações.

Com tudo que fora exposto, se entende que, o sigilo profissional é um direito da pessoa humana que manifesta sua confiança ao profissional consultado, qualquer seja a sua natureza, e ao mesmo tempo, um dever, onde a natureza de ordem pública prevalece, resguardando o segredo e o silêncio debaixo das relações sociais.

5 CONCLUSÃO

Por meio desse artigo, ficou entendido que, por conta do desenvolvimento que os crimes vêm tomando ultimamente, o Direito Penal procura novos meio para proteger o bem jurídico tutelado.

A lei de lavagem de dinheiro trouxe uma amplitude para o instituto do criminal compliance. Entretanto, a investigação que ocorre a partir dessa lei não pode ir contra os princípios base do sistema jurídico. Quando ocorre a exigência de que o advogado deve cumprir a denúncia por conta das normas e compliance, o princípio fundamental entra o profissional e o cliente é quebrado.

De acordo com a teoria da imputação objetiva, o resultado da ação deve ser imputado ao autor no momento em que ele ultrapassar o risco permitido, fazendo com que haja um perigo não permitido, e esse perigo se concretizar em um resultado que esteja dentro do âmbito de proteção da norma.

Também de acordo com a teoria da imputação objetiva o agente que se posiciona em uma situação de cegueira diante dos fatos, cria um risco não permitido.

Vale ressaltar que, de acordo com o artigo 133 da CF, a função do advogado é necessária para a justiça, sendo assim, a imposição do mesmo de necessitar informar dados de seu cliente é ir contra todo o conceito e significado de justiça, fazendo com que o exercício da advocacia seja ferido.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Julio. **Lavagem de Dinheiro.** Disponível em <<https://juliodeandradeneto.jusbrasil.com.br/artigos/396303420/lavagem-de-dinheiro>> Acesso em: 25 de maio de 2020.

ANTONIO, Ricardo. **Considerações sobre o crime lavagem de dinheiro.** Disponível em <<https://emporiododireito.com.br/leitura/consideracoes-sobre-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-parte-1>> Acesso em 25 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.683/12,** de 09 de julho de 2012. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em 15 de abril de 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Advocacia e lavagem de dinheiro.** OAB, 2014. Disponível em <<http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48>> Acesso em: 13 de maio de 2020.

CASTRO, Felipe. **Teoria da Imputação objetiva.** Disponível em <<https://filipecastro.jusbrasil.com.br/artigos/111671465/teoria-da-imputacao-objetiva>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume I, parte geral. 14. Ed.** São Paulo: Saraiva, 2010. P. 89-100

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação pena especial,** volume 4 – 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.656.

FERRARI, Renan. **O advogado e o Crime de lavagem de dinheiro**. Disponível em <<https://renanpereiraferriari.jusbrasil.com.br/artigos/510474652/o-advogado-e-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro>> Acesso em: 15 de maio de 2020.

FORBES, Carlos. **O advogado como testemunha em juízo**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8034,71043-O+advogado+como+testemunha+em+juizo>> Acesso em: 25 de maio de 2020.

GARCIA, Emily. **CRIMINAL COMPLIANCE: AÇÕES NEUTRAS NA ADVOCACIA**. Disponível em <<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/77/82>> Acesso em: 15 de maio de 2020.

GRANDIS, Rodrigo. **O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro**. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.34s

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal**. 5º ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. P .68-69.

JESUS, Damásio de. **Teoria imputação objetiva**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002

LACERDA, Fernando. **A nova lei de lavagem de dinheiro e o sigilo do advogado**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/23064/a-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro-e-o-sigilo-do-advogado>> Acesso em: 13 de maio de 2020

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A participação de Advogados nos crimes de lavagem de dinheiro**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 31, julho 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3388>. Acesso em 16 de abril de 2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 48

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal*. In: Estudos de Direito Penal, 2ª edição. p. 80.

SANTOS, Josimar. **Teoria da Imputação Objetiva**. Disponível em <<https://navalmg.jusbrasil.com.br/artigos/111673582/teria-da-imputacao-objetiva>> Acesso em: 25 de março de 2020.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética profissional e Estatuto do Advogado**. São Paulo: LTr, 1975.

WEBER, Rosa. **Pronunciamento no julgamento da Ação Penal nº 470**, em voto proferido em relação aos integrantes dos “núcleos publicitário e financeiro”. 2013; Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9363639>> Acesso em 22 de maio.

O TRABALHO COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO SENTENCIADO INSERIDO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

ISABELLE SENE: Estudante de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC

ISRAEL ANDRADE ALVES¹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata de analisar quais são as políticas públicas desenvolvidas nas unidades prisionais brasileiras e sua efetividade na inserção do reeducando no mercado de trabalho e no retorno à sociedade. O sistema penitenciário padece com diversos problemas. Os presidiários têm seus direitos violados todos os dias com a superlotação das celas, infraestrutura com insuficiência e doenças. Contudo, não tem ressocialização no atual sistema prisional, com isso, aumenta em grande proporção o número de reincidentes. Este artigo busca expor um dos grandes problemas enfrentado do sistema prisional e o que deve ser transformado para que ocorra uma efetiva ressocialização do sentenciado para seu retorno à sociedade. Podendo se dar essa recuperação através de educação, trabalho e uma melhor estrutura para os detentos. Como base do artigo foi utilizado o método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas nas doutrinas específicas e legislações.

Palavras-chave: Ressocialização; Reinserção; Sociedade; Presos.

ABSTRACT: This article deals with the analysis of what are the public policies developed in the Brazilian prison units and their effectiveness in the insertion to re-educate in the job market and in the return to society. The prison system suffers from several problems. Inmates have their rights violated every day with overcrowding of cells, infrastructure with insufficiency and diseases. However, there is no re-socialization in the current prison system, thus increasing the number of repeat offenders to a large extent. This article seeks to expose one of the major problems faced by the prison system and what must be transformed in order for an effective re-socialization of the sentenced person to return to society. This recovery can take place through education, work and a better structure for detainees. As the basis of the article used the deductive method, through bibliographic searches on specific doctrines and legislation.

Keywords: Resocialization; Reinsertion; Society; Arrested.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o sistema prisional brasileiro possui uma população de aproximadamente 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Todavia, a quantidade de vagas

¹ Pós graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins e professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC

disponíveis é de apenas 433.636, causando um déficit de 339.515 vagas. A ressocialização é necessária para que o sentenciado cumpra a sua pena e não volte a cometer crime novamente, assegurando todos os direitos mínimos que o presidiário necessita para sobreviver, trazendo condições e aconselhamentos para um amadurecimento pessoal e profissional.

Portanto, resta evidenciada a importância do presente tema, visto que é um problema que afinge a população carcerária há anos, devendo ser analisadas quais são as políticas públicas desenvolvidas nos presídios brasileiros e qual a sua eficácia na inserção do egresso no mercado de trabalho e seu retorno à sociedade.

O Artigo 1º da Lei de Execução Penal apresenta uma finalidade dupla, sendo ela, executar a pena exigida ao condenado e dar efetivas condições para sua reinserção à sociedade. Todavia, a mencionada lei não tem produzido os resultados concretos que seria desejado e esperados pela sociedade brasileira.

Assim como disse Papa Francisco em seu discurso à delegação da associação internacional de direito penal (FRANCISCO, 2014):

Todos os cristãos e homens de boa vontade são chamados hoje a lutar não somente pela abolição da pena de morte em todas as suas formas, mas também para melhorar as condições carcerárias, no respeito pela dignidade humana das pessoas privadas da liberdade.

Destarte, o presente artigo irá analisar quais são as políticas públicas desenvolvidas nas unidades prisionais brasileiras e sua efetividade na inserção do sentenciado no mercado de trabalho e no retorno à sociedade, bem como, compreender como as políticas de ressocialização contribuem para a reinserção do reeducando na sociedade e no mercado de trabalho.

No primeiro capítulo serão abordadas as Penas Privativas de Liberdade com suas aplicações e objetivos, no segundo capítulo a situação que se encontra o Sistema Penitenciário Brasileiro, o Estado de Coisas Inconstitucionais na ADPF 347, posteriormente a Falta de Acesso ao Trabalho Profissionalizante, junto com a Ressocialização através do Mercado de Trabalho e, por fim, no quarto capítulo será abordado a ressocialização do preso através do Mercado de Trabalho, o egresso e o mercado de trabalho, sua definição na doutrina perante a Lei das Execuções Penais, e a ressocialização no Sistema Penitenciário Brasileiro.

1. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE - FUNÇÃO E OBJETIVOS

No século XVI, iniciou-se uma ação para o andamento das Penas Privativas de Liberdade, a formação de prisões organizadas para a punição dos sentenciados que eram obrigados a agressões e até execuções. A pena exigida ao preso tem como objetivo puni-lo pelo delito consumado e pretende reeduca-lo para que possa voltar a conviver em sociedade.

A Lei nº 9.714 de 1998 reformou as penas alternativas aplicadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, onde se procurou formas de amenizar a pena de prisão que não auxiliava ao objetivo da prisão penal (ressocialização).

A privação da liberdade é uma forma de pena admitida pelo Código Penal Brasileiro prevista nos seus artigos 32-44, que consiste no direito de ir e vir, colocando o reeducando em estabelecimento prisional com o intuito de, no futuro reinseri-lo na sociedade, prevenindo qualquer tipo de reincidência. São tipos de Penas Privativas de Liberdade previstas no referido artigo: Reclusão: cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto ou aberto; Detenção: cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, exceto quando houver necessidade de transferência a regime fechado; Prisão Simples: cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, apenas para os casos de contravenção penal. E quanto aos regimes: Fechado (Art. 33, §1º, “a” – CP): consiste no cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; Semiaberto (Art. 33, §1º, “b” – CP): consiste no cumprimento da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; Aberto (Art. 33, §1º, “c” – CP): consiste no cumprimento da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado e também o regime especial (Art. 37 do CP): que consiste no cumprimento da pena por mulheres em estabelecimento próprio e adequado às suas necessidades, conforme distinção de estabelecimento, neste caso quanto ao sexo, exigido na Constituição Federal em seu art. 5º, XLVIII.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 1º estabelece que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

No entanto, a Pena Privativa de Liberdade enfrenta sua decadência dentro do processo e execução penal, pois, o que era para ser um ótimo meio de ressocialização do apenado, passou a servir apenas como fator de segregação social, dificultando a sua volta para a sociedade.

O que podemos observar é que, como dito, além do cumprimento da pena, a prisão possui como finalidade, a ressocialização do sentenciado, que é dar ao condenado suporte necessário para reintegrá-lo de volta a sociedade e poder perceber os motivos que levaram a consumação de tais delitos, dando-o uma chance de mudança e de ter um futuro melhor.

2. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O Estado assumiu a responsabilidade de batalhar e reprimir o crime e os prisioneiros são separados da sociedade por prisão, ele é privado de sua liberdade e não representa mais uma ameaça para a sociedade.

Sobre este posicionamento, Foucault (2011, p.79) ensina:

a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

Sendo assim, Ottoboni (2001, p. 45) diz que:

O delinquente é condenado e preso por imposição da sociedade, ao passo que recuperá-lo é um imperativo de ordem moral, do qual ninguém deve se escusar.

O sistema penitenciário brasileiro precisa cumprir a legalidade, a atual desestabilização e condição sub-humana dos detidos é questão sensível. Dado que os números de presos aumentaram e os presídios se tornaram grandes repositório de pessoas, com superlotação, falta de assistência médica e até mesmo higiene pessoal, acaba-se por sujeitar, ainda, os presos a doenças graves, onde o mais forte lá dentro irá subordinar o mais fragilizado.

Assim, Mirabete (2008 p. 89) dispõe que:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

Na visão do autor João Carlos Casella (1980 p. 424) ele diz que:

Múltiplas são as funções do trabalho do presidiário, reconhecidas como verdadeiras necessidades: favorecem o estado psicológico para que o condenado aceite sua pena; impedem a degeneração decorrente do ócio; disciplinam a conduta; contribuem para a manutenção da disciplina interna; prepará-lo para a reintegração na sociedade após a liberação; permitem que os presidiários vivam por si próprios.

À frente dessa situação delicada no sistema prisional Mirabete, explana que “Um ambiente equilibrado pode gerar maior confiança entre administradores e detentos, tornando mais produtivo o trabalho”.

Sendo assim, fica notória a precisão de o Estado cumprir com as normas especificadas na lei, reforçando que a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 em seu artigo 10 dispõe:

art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Desse modo, de acordo com a norma acima citada, é atribuído ao Estado, o dever de assegurar esses direitos estabelecidos pela Lei de Execução Penal, com o propósito de reeducar o sentenciado para reintegrá-lo na sociedade.

De acordo com os dados do Sistema de Informações Penitenciárias, desenvolvido pelo Ministério da Justiça, destaca-se um problema étnico-racial onde grande parte das pessoas que estão aprisionadas são jovens de 18 a 29 anos e 61,67% são negros. Por mais que isso seja um acontecimento de conhecimento público não causa nenhuma comoção diante da sociedade.

Outro problema que se encontra nas prisões é a decadência em que se encontram os presos, sendo em situações precárias, sem assistência adequada e celas superlotadas, o que transforma o cárcere cada vez mais violento, em razão a todos esses aspectos, torna quase impossível a reinserção do sentenciado no convívio social.

2.1. O Estado de Coisas Inconstitucionais na ADPF 347

O artigo 5º, XLIX da Constituição Federal de 1988 é preciso quando diz que é assegurado aos presos o respeito à integridade moral e física, o que quase nunca é respeitado em nosso atual Sistema Penitenciário. Na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar uma cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que identificou, por maioria, o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), foi quem requereu esta Ação, pedindo que o Sistema Penitenciário Brasileiro fosse admitido como um Estado de Coisas Inconstitucional, de modo que a Suprema Corte viesse intervir de forma direta na produção e execução de políticas públicas, deliberações e discussões em relação a verbas a serem desembolsadas com o sistema carcerário e na execução de institutos processuais penais, objetivando acalmar os problemas das superlotação das celas e as condições precárias do encarceramento.

Durante o julgamento da ação, o advogado-geral da União no ano de 2015, Luís Inácio Adms, afirmou que o impedimento da execução dos projetos não vem da falta de verbas, mas sim, pela ausência de projetos que visa a melhoria dos presídios, projeto esse que seria de inteira responsabilidade dos estados. Afirmou, ainda, que seria indispensável um diálogo entre os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) para que seja capaz de haver uma melhora efetiva do atual quadro do Sistema Penitenciário Brasileiro.

O maior problema tratado nessa Ação é que os estados não verificam as normas do Sistema Prisional que são impostas pelo Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. Até então, a Suprema Corte Brasileira não julgou o mérito da ação, porém, concedeu por decisão predominante e de forma parcial, medida cautelar, aprovando dois dos oito requerimentos do PSOL na ADPF 347, tornando-se a audiência de custódia, com a presença do encarcerado na presença da autoridade judiciária no prazo de 24 horas contados a partir da detenção e a liberação de verbas do Fundo Penitenciário.

O Supremo Tribunal Federal ainda enfatizou na decisão que os constantes insultos aos direitos básicos dos educados têm cooperado mais no aumento da violência dentro e fora das prisões. De acordo com essa sentença, é óbvio que a situação atual das prisões brasileiras,

além de não ter a menor condição de buscar e estimular os presos à ressocialização, tem contribuído ainda mais para as atividades criminosas, portanto, o presídio passou a ser uma verdadeira escola do crime. Essa teoria é baseada em uma taxa de reincidência maior, o que faz com que os expatriados cometam crimes mais graves.

O Supremo Tribunal Federal também registrou que diversos direitos humanos têm sido sistematicamente violados dentro da unidade prisional e, portanto, os presos têm sido gravemente violados em termos de dignidade, saúde física e integridade psicológica, concluindo que o presídio apresenta graves falhas estruturais. O relator da ADPF 347, o Ministro Marco Aurélio enfatizou que:

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. Os presos tornam-se lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais.

Sendo assim, o Tribunal tem o dever e a obrigação de cuidar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um posicionamento a gestão pública em um sentido amplo, promovendo o chamado Estado de Coisas Inconstitucional, isso porque, atualmente o sistema prisional se encontra em um quadro de infração generalizada de direitos fundamentais provocado pela incapacidade reiterada das autoridades públicas.

Isto Posto, o Estado de Coisas Inconstitucionais é um método decisório desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia para confrontar as violações de direitos fundamentais que começam a ocorrer de uma forma intensa e generalizada, derivada da comissão ou omissão de diversas autoridades públicas.

Até a data vigente, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou definitivamente o mérito dessa ADPF mas atribuiu de forma limitada os pedidos tutelados pelo autor da referida ação, todavia, foi reconhecido de forma conjunta que o Sistema Penitenciário Brasileiro infringe todos os direitos fundamentais de forma generalizada agindo o Estado de uma forma totalmente cruel.

ADPF 347 MC / DF CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais,

decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Podemos observar na liminar que os presídios além de não colaborar com a ressocialização, facilitam o aumento da criminalidade, com base nas mais altas taxas de reincidência nos diversos estados brasileiros.

3. O TRABALHO COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO

Nos dias de hoje, debater sobre ressocialização no Brasil parece ser algo que está fora da realidade do nosso sistema prisional. Esse é um dos motivos essenciais pelo qual o trabalho como forma de ressocialização é abordado como uma maneira totalmente contrária à nossa realidade de ressocializar. Na maioria das vezes o presidiário é deixado de lado, a não ser nos casos em que nos deparamos com as rebeliões, que mostram o descaso e a falha do nosso sistema.

O trabalho como forma de ressocialização ajuda a recuperar e a reinserir o detento tanto na sociedade, quanto ao mercado de trabalho, sendo por meio do trabalho que o ser humano poderá ter sua auto estima mais elevada para exercer uma função e ainda ser remunerado, conseqüentemente, se sentirá útil no meio de seus familiares.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira (2006, p.123):

o trabalho para o preso não representa o cumprimento da pena ou castigo, mas um fator estruturador que lhe permite crescimento pessoal, por meio do desenvolvimento profissional e intelectual, o que significa a esperança de conseguir reconstruir a vida na ocasião de sua volta ao convívio social, o resgate da confiança em si mesmo, a melhora de sua imagem diante dos familiares, de si mesmo e, conseqüentemente, o resgate da autoestima. Com a remuneração percebida, o detento adquire materiais de primeira necessidade, o que faz com que ele se sinta bem consigo mesmo e, por vezes, conseguem ajudar suas famílias em pequenas despesas.

Diante do cenário que se encontra o sistema penitenciário torna-se quase impossível cumprir o objetivo de ressocialização através do trabalho, pois o ambiente carcerário é um meio totalmente falho para reabilitar o preso devido às condições materiais e desumanas em que os presídios se encontram.

O trabalho como uma forma de ressocialização deveria ser acolhido através de parcerias entre as organizações públicas ou privadas e os presídios, assim, o preso envolveria a maior parte do tempo obtendo uma experiência profissional para que no momento de seu egresso pudesse encontrar seu lugar no mercado de trabalho com mais facilidade.

Artigo 126 da LEP: O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§1 A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita a razão de um dia de pena por três de trabalho.

§ 2 O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 30 A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

A Lei de Execução Penal espelha a intenção do legislador em reconhecer o detento e o egresso como que integra a sociedade a qual deverá retornar no final do cumprimento da pena. Assim, podemos ver no Artigo 11 da LEP os tipos de assistências asseguradas aos detentos:

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Já no Art. 10 da LEP, identificamos que ele tem por finalidade evitar tratamento discriminatório e preservar a dignidade da pessoa humana, tendo como assistência se referindo à assistência material se baseando no fornecimento de vestuário, alimentação e instalações higiênicas.

O Estado tem como obrigação ofertar o trabalho ao presidiário, assegurado no Artigo 31 da Lei de Execução Penal, assim como, faz parte de um direito outorgado a ele pela própria Lei em seu Artigo 41, inciso II e pelo Artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Em 25 de julho de 2018, foi publicado o Decreto nº 9.450, assinado pela Ministra Carmen Lúcia, que tinha como objetivo ampliar e facilitar a ressocialização dos presos e egressos do sistema prisional mediante uma inclusão no mercado de trabalho.

O decreto alcança as contratações da União para realização de trabalho, a empresa que ganhar a licitação vai precisar ter uma parcela de funcionários vindos do sistema prisional. Esta medida vale para contratação de serviços, até mesmo os de engenharia, tendo um valor anual maior que R\$ 330 (trezentos e trinta mil reais). Vale para todos os regimes

prisoniais, com exceção dos presos em prisão temporária ou flagrantes, podendo os egressos serem contratados dentro da cota.

Apenas os detentos que cumprirem, no mínimo, 1/6 da pena, tendo disposição, disciplina e responsabilidade demonstrada terão o direito de participar da iniciativa. Deverão ser guardados aos ex presidiários ou presos 3% das vagas conforme o contrato demandar 200 empregados ou menos; 4% das vagas, sendo de 200 a 500 funcionários; 5% das vagas, sendo de 500 a 1.000 funcionários; e 6% no momento em que o contrato exigir a contratação de mais de 1.000 funcionários.

3.1 O trabalho interno para o preso

O trabalho começa a compor o sistema repressivo penal no século XVI, no artigo 31 da Lei de Execução Penal, está expressa a obrigação de trabalho interno na qual os condenados às penas privativas de liberdade devem ser submetidos, além de referir-se as habilidades e capacidade do preso, remetendo-se, as condições físicas, intelectuais, mentais e profissionais, assim como as oportunidades ofertadas pelo mercado.

O inciso IV do Art. 1º da Constituição Federativa do Brasil de 1998 estabelece o valor social do trabalho como um de seus fundamentos. Sendo assim, o trabalho compõe a base do Estado, promovendo e resguardando seu valor social. Já o inciso III do mesmo artigo, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como outro fundamento da República, colocando o homem como centro de convergência da ordem normativa.

São vários os tipos de trabalho que podem ser desenvolvidos na prisão, sendo eles: industrial, agrícola ou intelectual, tendo como finalidade alcançar a reinserção social do condenado, e por isso devem ser orientados segundo suas aptidões, comprovadas no estudo de suas personalidades, podendo ser consideradas sua profissão ou ofício que desempenhava antes de ser encarcerado.

Quanto a jornada de trabalho, assim diz no Art. 33 da LEP que não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados, podendo ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa e terá por objetivo a formação profissional do condenado (Art. 34 da LEP).

Quanto ao preso temporário, ele não será imposto a trabalhar, pois não poderá ser submetido a esse ônus, levando em conta que ainda não foi considerado culpado, podendo ser preservado o princípio constitucional da presunção de inocência. Porém, ele poderá trabalhar, assim como também poderá ser beneficiado pelo benefício da remição, caso seja condenado posteriormente.

3.2 O trabalho externo para o preso

Para o condenado que esteja cumprindo a pena no regime semi-aberto é permitido o trabalho em colônia agrícola, industrial ou estabelecimentos similares de acordo com o artigo 35, § 1º do Código Penal, logo é válido o trabalho externo para estes.

Já para os presos em regime fechado somente poderão exercer o trabalho externo em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que sejam tomadas todas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (Art. 36 da LEP).

A aprovação para o trabalho externo não se incorpora no rol das atividades jurisdicionais, pois não estão incluídas no artigo 66 da LEP, sendo assim, cabe o diretor do presídio autorizar, ou não, o trabalho externo.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça “para a conquista dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, pondera-se o tempo de cumprimento da pena em regime fechado”, melhor dizendo, inserindo no regime semi-aberto por avanço na avaliação do requisito, um objetivo imprescindível para a concessão do benefício, que começa a contar o tempo de pena cumprida no regime fechado.

Caso o sentenciado execute fato estipulado como crime, ou ele seja punido com alguma falta grave, ou se ainda faltar com o dever e disciplina poderá ser revogada a autorização pelo diretor do presídio. Neste caso, a revogação é obrigatória, já que descumpriu a finalidade da medida, e por ter sido desmerecedor do benefício. Aos sentenciados que se deparam em regime aberto conseguirá trabalhar com vínculo empregatício, desta forma, serão sujeito às regras da Consolidação das Leis Trabalhistas.

3.3 Falta de acesso ao trabalho profissionalizante

Em nosso Sistema Penitenciário o detento é obrigado a conviver com pessoas de diversas personalidades, algumas que tenham cometido crimes mais cruéis outras menos cruéis. A convivência, na maior parte do tempo será difícil, o que pode gerar um desconforto entre a maioria dos presos, pois nunca sabe o que vai acontecer, se vai haver violências, divergências de personalidades e neste caso, os detentos ficam sem saber se amanhã vão estar ali.

O correto é que todo esse sofrimento vivido pelos encarcerados vem dessa falta de interação, pois mente desocupada sempre causa problemas, ainda mais dentro do cárcere, pois o preso tem em sua mente que sua vida acabou no momento em que foi encarcerado, e a maioria dos seres humanos não conseguem conviverem sem uma ocupação, um trabalho.

Sem trabalho digno, o detento passa a sofrer mais ainda e começa a pensar coisas sobre valores e visões do mundo, diversas vezes erradas, o que deixa o mesmo em uma situação psicológica mais abalada.

Com base nos ensinamentos de Foucault (1987, p. 102) “O trabalho obrigatório em oficinas, ocupação constante dos detentos, custeio das despesas da prisão com esse trabalho, mas também retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo estrito da economia” [...].

Diante desses problemas, os presos passam a hábitos piores do que possuíam antes de entrar no cárcere, problemas psicológicos que já tinham, tendem a piorar, ainda mais com

todo desrespeito que existe dentro do presídio, na maioria das vezes acabam saindo piores do que quando entraram.

Segundo Mirabete (2004, p. 90):

O trabalho do preso é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao 13 recluso dispor de algum dinheiro para assuas necessidades e para subvencionar a sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício.

A maior parte dos presos não teve uma grande oportunidade em suas vidas, principalmente quando se trata de estudos e trabalhos. Sendo assim, esse tempo ocioso em que eles passam dentro das celas, poderia ser uma oportunidade para estudar, dedicar-se a algo, para quando sair conseguir ter um trabalho digno, e ainda assim, sentir-se importante quando estiver preso.

De acordo com os artigos 18 e 19 da Lei de Execução Penal, é previsto a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau e de curso profissionalizante. Sendo para todos, então os presos também tem esse direito, e é um dever ser ofertado isso para eles. E o artigo 21 da Lei de Execução Penal, traz um dispositivo muito importante, que diz que existe uma obrigatoriedade em ter uma biblioteca em disposição do apenado, em cada instituto prisional.

Sobre isso Mirabete (2004, p. 78) comenta:

A exigência da biblioteca, que é um meio de educação, também pode auxiliar na disciplina do estabelecimento. Além de utilização para o acompanhamento dos estudos e aprimoramento intelectual, permite-se a saudável recreação para os que têm o gosto e o interesse pela leitura. Pode ainda ser estabelecido o sistema de biblioteca circulante. Viabilizando-se assim a leitura nas próprias celas.

Depois de conseguirem estudar, os detentos necessitam de mais oportunidades para mostrar suas qualidades, as quais na maioria das vezes ficam escondidas atrás de um crime, e as empresas e a sociedade acabam perdendo uma excelente mão de obra.

Zacarias (2006, p.61) ensina que:

O trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena.

Um grande problema enfrentado é a desocupação dos detentos, pois um detento ocioso gera muitos custos, e de certo modo inútil. Nos nossos presídios, o trabalho e o estudo são pouco oferecidos para os presos, o que seria uma saída, para diminuir essa ociosidade.

4. O EX-DETENTO E O MERCADO DE TRABALHO

Assim como está previsto no Art. 25 da Lei de Execução Penal, é dever do Estado prestar assistência ao egresso, consistindo:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

A maior dificuldade para o ex-presidiário que procura um emprego é a temida certidão de antecedentes criminais, pois este documento condena o egresso a desconfiança do empregador. Na iniciativa privada, ainda existe muito preconceito quando se trata de um ex-presidiário, a maioria das portas estão totalmente fechadas para quem tem o currículo manchado. Sem sombra de dúvidas, a oportunidade de trabalho para o preso em regime semi-aberto quanto para o liberado é complicada, e quando surge alguma vaga geralmente são em órgãos públicos ou para-públicos.

Como já vimos no 2º capítulo, o trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais e dignifica o homem. Neste caso, os serviços de assistência social devem colaborar com o egresso para a obtenção de trabalho, permitindo assim, oferecer recursos que o habilitem a suportar sua própria existência e de seus dependentes.

Segundo o Art. 29 da Lei de Execução Penal, o trabalho do preso será remunerado mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo e de acordo com o Projeto de Lei nº 685/2007, do Deputado Vital do Rego Filho aprovado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime organizado, as empresas que contratar presidiários do regime semi-aberto e aberto ou egressos, terão incentivos fiscais de 50% do INSS e abatimento no Imposto de Renda Pessoa Física de 50% do valor pago como remuneração para esses empregados, limitado em até 5% do valor total a ser pago pela empresa.

Todos esses incentivos não são o bastante para atrair o mercado de trabalho brasileiro, pois não existem esforços competentes por parte das autoridades governamentais no sentido de aproximar o sentenciado e a empresa. Podendo notar-se o descaso do Estado em cumprir as normas previstas na Lei de Execução Penal e a prática averiguada dentro e fora dos presídios brasileiros.

Na maioria das vezes a sociedade é resistente e opta por não contratar ou amparar um ex-presidiário, independentemente do delito praticado, pois conhecem a falência do sistema prisional quando se trata da recuperação, no entanto, desconhece também que agindo assim, terá uma parcela de culpa na contribuição para uma reincidência.

De fato, o egresso se depara frequentemente com resistências que dificultam ou atrapalha sua reinserção social. De um lado, a reinserção do preso à sociedade depende principalmente dele mesmo, e o reajustamento social depende muito do grupo a qual a pessoa retorna. Sendo assim, essa dificuldade que o sentenciado tem em voltar para a sociedade impulsiona a delinquir novamente, pois necessita de um trabalho digno para sua sobrevivência.

O trabalho é o apoio mais necessário e desejado, pois o egresso tem muita dificuldade em se colocar nesse mercado, até porque ainda existe muito preconceito na sociedade. “As pessoas com passado criminal são tidas como não confiáveis. São raras as mulheres, por exemplo, que se dispõem a contratar uma ex presidiária como empregada doméstica ou como babá. (PASTORE, 2011, p. 63).

Para diminuir a criminalidade no Brasil é necessário que as organizações participem para a contratação dos ex-presidiários nas empresas privadas. Foram criadas leis, incentivos e programas que tem como inserir esse indivíduo no mercado de trabalho mas a maioria das empresas não buscam contratar um ex-detento para contribuir de forma efetiva na diminuição da criminalidade. Diante do fato, é preciso que as organizações contribuam para a inserção dos egressos no mercado de trabalho.

5. CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, observamos que a maior parte da população carcerária se compõe de reincidentes, pois os faltam oportunidades na vida após a prisão, tendo como principal motivo a precariedade da aplicação dos métodos de ressocialização desenvolvidos pela política carcerária.

Cabe ao Estado fazer a sua parte através de instituições penais a aplicação de práticas que proporcione o ideal ressocializador proposto. Contudo, a reinserção social de um condenado só será capaz desde que ele passe por este processo de ressocialização e reeducação começando de dentro dos presídios.

Assim como, a inclusão de um ex-presidiário no mercado de trabalho é um dos grandes desafios enfrentados, pois, na maioria das vezes, tem ausência de instrução e falta de qualificação profissional. E no momento da contratação os empregadores tem vários tipos de preconceitos quando solicitam a Certidão de Antecedentes Criminais e perdem o interesse em contratar um egresso, e poucas buscam está contratação visando a Responsabilidade Social.

Não se ignora a gravidade e efeitos maléficos dos crimes cometidos pelos presidiários, e nem a alta periculosidade de alguns, no entanto é necessário e urgente procurar-se novos meios e aprimorar os já existentes para que a ressocialização aconteça.

O Estado tem o dever de proteger os limites constitucionais dado a cada indivíduo, resguardando os seus direitos e garantias, devendo exercer suas funções de forma efetiva cumprindo o que está expresso na Lei de Execução Penal, não apenas punindo o egresso, mas sim proporcionar a ele uma reintegração social.

Precisa haver uma mudança no pensamento da sociedade no sentido em que o ser humano é sujeito de transformação e que os detentos não perdem suas condições de pessoas humanas e muito menos seus direitos fundamentais estando na prisão ou após ela, pois as condições em que eles se encontram refletem resultados na vida deles e também da população.

O trabalho do detento ocupa um papel de suma importância para que seja possível a ressocialização do sentenciado, ademais, poderá trazer benefícios como: a substituição de um tempo desocupado por um tempo de crescimento pessoal e profissional.

Por motivos como este, o trabalho deve ser tratado com mais seriedade quando se trata da construção de um novo indivíduo, pois, ele traz diversos benefícios para o condenado e também para o Estado.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

BRASIL. **Projeto de lei**. Dá a denominação de "Tarsila do Amaral" à Rodovia SP 308 que liga Piracicaba a Salto. 2007. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=727514>>. Acesso em 28 out. de 2020

CASELLA, João Carlos. O presidiário e a previdência social no Brasil. **Revista de Legislação do Trabalho e Previdência Social**, 1980.

FOLCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 28 ed. Petrópolis.: Vozes, 2004.

FRANCISCO, Papa. **Discurso do Papa Francisco à delegação da associação internacional de direito penal**. 2014. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

GASPARIN, Gabriela. **Apesar das leis, ex-presos enfrentam resistência no mercado de trabalho**. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e->

emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em: 16 set. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal: Parte Geral. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral –** 21.ed. - Editora Atlas - 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal.** Comentário à Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NUCCI, **Gulherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral/Parte Especial –** 2.ed ver. Atual. São Paulo: RT, 2006;

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável.** 2º ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?.** 2.ed. São Paulo: Paulinas, 2001.

PASTORE, José. **Trabalho para ex-infratores.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada.** 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

PATERNIDADE PRESUMIDA: OS DIREITOS DE RECONHECIMENTO DA PROLE

PAULA BEATRIZ SAMPAIO COSTA:
Graduando (a) do Curso de Direito do Centro
Universitário CEUI-FAMETRO

RESUMO: Este artigo aborda casos em que, o não reconhecimento da paternidade, mediante a negação do suposto pai em realizar o exame de DNA causa a presunção da paternidade, ajudando de maneira positiva a prole. O objetivo do trabalho visa analisar a problemática do caso, pela ótica do filho. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com o método de abordagem dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”. Tomando ainda por referência a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc. O estudo apresenta os direitos dos filhos em realizar o teste de DNA para legitimizar a paternidade. Logo, os resultados apontam que realizar o teste de DNA para comprovar ou não a paternidade compensa mais do que se negar a realizá-lo. O tema abordado neste artigo é relevante no atual cenário onde são tantas crianças, adolescentes e adultos que não tem em seus registros o nome de seus pais. Com a descoberta do DNA, que se insere no campo jurídico e passa a ser utilizado no campo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade presumida. Testes de DNA. Direito da Prole.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE FILIAÇÃO. 2.1 Direito a filiação. 2.2 As formas de reconhecimento de paternidade. 2.3 A nova lei de presunção da paternidade. 3 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. 3.1 O papel do Ministério Público na ação de investigação de paternidade. 3.2 A importância do teste de DNA. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo científico apresenta a evolução que o conceito de investigação de Paternidade teve no sistema jurídico brasileiro. A lei sobre a paternidade presumida é um assunto relativamente novo, e tem causado discussões no meio jurídico porque é um assunto que envolve o direito à paternidade biológica de uma criança. Nesses casos, segundo a Súmula de nº 301: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção jûris tantum de paternidade”. Esse fato decorre, quando um pai tem filhos fora de seu casamento e tempos depois à genitora exige que ele assuma a paternidade, quando ele se nega a realizar o teste de DNA, a priori deduz-se que ele é o pai realmente.

Os direitos e deveres decorrentes da paternidade serão objetos do presente estudo, por ser de grande relevância no ordenamento jurídico nacional. A Lei nº 8.560/92 que já investigava a paternidade biológica, com as alterações, foi acrescentada a presunção da paternidade (Lei nº 12.004/09) e desde julho de 2009 passa a atuar, com a finalidade de regularizar as ações discriminatórias dos filhos gerados fora do casamento.

Os fatos que incitaram a pesquisa se deram pelo aumento do número de crianças que não são reconhecidas por seus pais biológicos. Segundo a análise de Groeninga (2003), esse aumento se dá pelo fato de que atualmente o número de mulheres que criam os filhos sozinhas vem aumentando, assim como a gravidez não programada, entre os adolescentes. Para a autora, casar-se, ter filhos e se separar leva cada vez menos tempo.

Levando em consideração o contexto dos direitos da criança, a negatória de paternidade é um problema que precisa ser solucionado. O desafio durante a pesquisa é fazer um levantamento de provas documentais que assegurem os direitos de crianças geradas fora do casamento que não são reconhecidas por seus pais biológicos.

A pesquisa objetiva apresentar informações que possam ajudar as crianças a reivindicarem seus direitos e serem reconhecidos por seus genitores, mesmo em casos de Negatória de Paternidade, inclusive nos casos em que a mãe negue ao filho o direito de investigar a sua paternidade para descobrir quem é de fato seu genitor. Pois, há filhos que passam a infância com a ausência de um pai e quando alcançam a maioridade civil tem curiosidade de saber quem é o mesmo, e por que não consta o nome em seu registro de nascimento.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se a classificação de Marconi e Lakatos (2014, p. 116) em que o método de abordagem a ser adotado será o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”. Tomando ainda por referência a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.).

Também serão analisadas neste artigo as formas de comprovação de paternidade, a trajetória histórica, quem tem direito de entrar com a ação para reconhecimento de paternidade.

Ressalto ainda, que o presente artigo não se prende nesse assunto, mas analisa outros aspectos tentando mostrar ao leitor os conceitos que se tem na atualidade, referente a paternidade biológica ou socioafetiva, com pais ou sem pais, como vivem esses filhos para a concentração da justiça.

2. CONCEITO DE FILIAÇÃO

Para Rodrigues (2002) "é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. (...) cria efeitos no campo do direito."

É unanimidade que a filiação é fato jurídico que provoca diversos efeitos, tendo importância em diversas áreas, conseguindo atingir a proteção da família, sucessões, poder familiar, entre outros.

Entende-se, então, ser a filiação a relação entre pais e filhos, seja porque aqueles geraram estes ou os adotaram. Quando vista pelo lado do filho é a filiação propriamente dita, quando vista por parte do progenitor é considerada maternidade ou paternidade.

Nossa atual Carta Magna admite a absoluta igualdade entre todos os filhos, deixando de lado o pensamento ultrapassado de que somente os filhos tidos na constância do casamento tinham direitos, deixando de lado a diferença entre filiação legítima e ilegítima que havia no Código Civil de 1916. O princípio da igualdade é reforçado no art. 1.596 do atual Código Civil, que destaca que "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Silvio Venosa (2006) nos traz com sabedoria os seguintes dizeres:

"A filiação é, destarte, um estado, o status familiae, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado. O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram. A adoção, sob novas vestes e para finalidades diversas, voltar a ganhar a importância social que teve no Direito Romano. (venosa, 2006, P. 228).

2.1 Direito a filiação

A Lei sobre paternidade presumida é um assunto relativamente novo, e tem causado discussões no meio jurídico porque é um assunto que envolve o direito à paternidade de uma criança. Nesses casos, segundo a súmula de nº 301: " se o pai se recusar a submeter-se ao exame de DNA o juiz induzirá a presunção jûris tantum de paternidade". Esse fato ocorre, quando um sujeito tem filhos fora do casamento e tempos depois à genitora da criança exige que ele assuma a paternidade, no momento em que ele se nega a realizar o teste de DNA, a priori deduz-se que ele é o pai. Entretanto, para comprovar a veracidade da paternidade a genitora da criança se for menor, deve apresentar provas ou testemunhas para comprovação.

Queiroz (2020) cita que com a Constituição de 1988, os filhos nascidos fora do casamento têm os mesmos direitos e devem ser tratados de maneira igualitária.

Na Grécia os filhos nascidos fora do casamento, eram considerados ilegítimos, já em Roma o filho concebido fora do casamento era introduzido pela organização religiosa da família, mas não tinha direito de participar da família. Mas, se o pai quisesse poderia adotá-lo, somente nesses casos haveria vínculo de parentesco entre filho e pai.

Com a ascensão do Cristianismo a rejeição da filiação natural passou a ganhar forças, condenando os filhos bastardos. De acordo com a História os filhos considerados legítimos recebiam reconhecimento de paternidade, e se negavam a assumir os filhos concebidos fora dos laços matrimoniais.

Na atualidade é bem presente a parentalidade por vínculo socioafetivo. O reconhecimento hoje é considerado ato jurídico, pois depende da vontade do pai o reconhecimento do filho independente de ser concebido dentro ou fora do casamento.

Para Almeida (2002) os conceitos de paternidade e maternidade ultrapassam a biologia, pois contempla a convivência e o sentimento de afeto se contrapondo à relação biológica, que não exige compatibilidade genética para legitimar a paternidade.

Existem duas maneiras de reconhecimento de paternidade, a voluntária, que também é chamada de espontânea; ou a judicial, ou coativa. Ambos têm eficácia declaratória, firmando uma situação preexistente, com efeitos *extunc*, retroagindo à data da concepção. (SHIKATA, 2015, p. 36).

Calderan (2011) reafirma que a Constituição de 1988 assegurou o direito de reconhecimento de filiação, consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

O reconhecimento da paternidade pode ser espontâneo ou não e só pode ocorrer nos casos de ausência de pai em certidão de nascimento.

Quando o reconhecimento não ocorre de forma espontânea, é necessário seu reconhecimento de forma judicial ou forçada, será a declaração em sentença proferida em Ação de Investigação de Paternidade, em filiação declarada por juiz, em rito ordinário e imprescritível. Analisaremos o instituto de forma mais minuciosa em tópico posterior. (SHIKATA, 2015, p. 37).

2.2 As formas de reconhecimento de paternidade

No passado não era possível provar a existência de um relacionamento entre a mãe do investigante e do suposto pai, e aquela criança era rejeitada pelo pai biológico e considerado “filho bastardo”, sem direito a nada. Na contemporaneidade a ciência permite ao ser humano a capacidade de descobrir a paternidade com certeza, em uma margem de erro mínima, através do exame de DNA. Entretanto muitas mudanças ocorreram e atualmente a Lei ampara os casos da Paternidade Presumida.

Para Furtado (2002), não existia nenhum exame que comprovasse cientificamente ou negasse a paternidade. Essa realidade atualmente garante 100% de veracidade comprobatória se um indivíduo realmente é filho de alguém.

Para Dias (2007), o termo Investigação de Paternidade deve ser abordado em todas as formas previstas na lei.

[...] Lembra a época em que se só se cogitava a hipótese de o filho buscar o reconhecimento de sua paternidade, como se não houvesse possibilidade de identificação da verdade biológica por meio de ações de investigação de maternidade, anulatória de registro, declaratória de filiação, negatória de paternidade, investigatória da ascendência

genética etc. Redimensionando o leque de possibilidades de socorro ao Judiciário, em face da diversidade de demandas em que se busca a definição dos vínculos paterno-filiais, faz-se necessário ampliar também a expressão que identifica as diversas ações. Daí investigação de parentalidade. (DIAS, 2007, p. 345).

Como cita Veloso:

A Lei Maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinções em razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam como autêntica maldição. As denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho. (VELOSO, 1997, p. 87).

Neste campo de inovações não deveríamos mais falar em “filho ilegítimo”, mas sim “filhos”, no entanto, essa forma preconceituosa ainda permanece arraigada classificando e determinando os filhos oriundos de diversos tipos de relações sexuais

Romanelli (2007) apresenta a noção de família na atualidade como algo que não pode ser ignorada: sua determinação social, histórica e cultural. Segundo ele, vivemos em uma sociedade que está em constantes transformações seja nos meios de comunicações, no consumismo; na disseminação da informática com sua rapidez na produção de processamento de dados; no controle da genética; na liberdade da sexualidade e na segurança dos métodos contraceptivos.

Paternidade Presumida é a Lei nº 8.560/92 que foi regulada pela Lei nº 12.004/09, alterada com a pretensão de assegurar os direitos de todos os cidadãos, principalmente em relação aos menores, em relação a paternidade dos filhos havidos fora do casamento, acrescentando além do teste de DNA mais uma ação de investigação, nos casos de recusa na realização do teste, um outro que caracteriza a presunção de paternidade à luz do (Estatuto da Criança e do Adolescente), que garante no artigo 3º, o que a criança e o adolescente devem gozar de todos os seus direitos fundamentais, assegurando-lhes por lei, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes conceder o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Essa lei veio permitir o direito à criança de conhecer sua verdadeira identidade genética, garantindo a ela o pleno direito de conhecer o seu genitor, impossibilitado por parte da mãe ou do pai.

A esse respeito, Lôbo (2009), cita que o reconhecimento não depende do consentimento, para que possa ser considerado válido, se for realizado mediante uma das espécies previstas no art. 1.609 do Código Civil (no registro do nascimento, por escritura

pública, por escrito particular arquivado em cartório, por testamento ou por manifestação direta e expressa perante o juiz). Todavia, sua eficácia, inclusive para fins de averbação no registro do nascimento, só pode ser produzida quando houver consentimento, ainda que posterior. Se o reconhecimento do filho maior não vier acompanhado do consentimento deste, nunca produzirá efeitos.

Há presunção legal de paternidade, em casos de filhos gerados no casamento e logo em seguida eles se separam. A presunção é relativa, *juris tantum*, que não admite prova em contrário, exceto em relação a terceiros que é absoluta, de acordo o seu artigo 1601 e seu parágrafo único:

Art. 1601 Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único: Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Sobre o reconhecimento da filiação pode ser através do registro de nascimento. Segundo o artigo 1603 do código civil, a filiação pode ser comprovada através do termo de nascimento registrado no Registro Civil. Este registro torna público o nascimento e determinar pretensão autenticidade das declarações efetuadas.

Há duas maneiras de se obter o reconhecimento. São elas: espontâneo ou Judicial. O mais comum é o reconhecimento espontâneo, pois é um ato formal e conhecido por todos.

O reconhecimento judicial ou forçado é aquele que surge através de uma sentença, resultado de uma ação de investigação de paternidade, do qual, o objeto da ação é o pedido de reconhecimento do recorrente, onde afirma ser rebento do investigado, ou requerido.

No caso da perfilhação que é nada mais que o reconhecimento voluntário do filho gerado fora do enlace matrimonial que depende da vontade tanto do suposto pai, quanto da genitora da criança, devendo ambos comparecer em um mesmo Cartório para que haja o reconhecimento legal da prole e gerando assim deveres mútuos. Esse ato pode ser feito no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública ou por testamento.

No respectivo termo de nascimento, o pai deve comparecer ao Oficial de Registro Público para prestar declarações, assinando o termo na presença de testemunhas. Se os pais forem casados pode ser feito em conjunto ou separadamente, já que se presume que o filho seja fruto do enlace do casal.

Outra forma de reconhecimento da prole pode ocorrer através de testamento fechado, público ou particular; a confissão nele registrado vale *de per si* (modo individual ou isolado).

Uma vez feito o reconhecimento da prole, o mesmo se torna irrevogável, não podendo haver lamentação após sua concordância e, mesmo sendo o testamento um ato revogável em outros casos, nesse caso específico não poderá sê-lo na parte em que o testante reconheceu a prole havida da relação extraconjugal.

O reconhecimento judicial tem caráter personalíssimo, e se dar através da investigação da paternidade, embora os herdeiros dos filhos possam continuá-los. Para ingressar com a ação, deverão observar as conjecturas legais de razoabilidade da ação, as chamadas presunções de fato.

A ação de investigação de paternidade é o meio pelo qual o filho ou seu representante legal reclama judicialmente pelo reconhecimento de filiação. O que não é realizada apenas pelo teste de DNA, pois, hoje existem outras formas de comprovação de parentesco por outros meios de provas, com uso das provas legais e das moralmente legítimas, como autoriza o artigo 332, do Código de Processo Civil, inclusive, nas ações investigatórias de paternidade socioafetiva, o exame de DNA é absolutamente dispensável, ante a ausência do vínculo biológico entre as partes.

2.3 A nova lei de presunção da paternidade

Foi acrescentada, a Lei Federal 12.004/09, novas diretrizes para os casos de presunção da paternidade, lei esta, sancionada pelo Presidente da República nos casos do réu, em ação de investigação de paternidade, se recusar a se submeter a exame de DNA. Essa nova Lei repete na íntegra o entendimento sumulado pelo STJ, não trazendo inovação jurídica alguma, apenas reforça mais segurança de como se dará essa presunção de paternidade tanto para o pai como para a prole. Com isso, o artigo 2º da referida lei determina ao Oficial do Cartório de Registro Civil que a mãe ao retirar o registro de nascimento e tendo plena convicção de quem seja o pai, primeiramente o Cartório remete as informações ao juiz, e se houver confirmação da paternidade, o cartório lavra a certidão de nascimento constando o nome do pai. Se o suposto pai negar a paternidade o juiz imediatamente remete o processo ao Ministério Público para que seja ajuizada a ação judicial de reconhecimento de paternidade.

O que acontecia na lei anterior é que mesmo após o regular ajuizamento da ação judicial, o suposto pai, continuava negando a paternidade alegada, e se recusava a fazer o exame de DNA para a confirmação de paternidade, com embasamento no preceito constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Essas mudanças na Lei levam em consideração outros elementos como provas que podem ser acrescentadas ao processo, a fim, de comprovação do vínculo afetivo existente entre o casal no período da concepção, de forma a indicar a paternidade alegada.

3 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Em uma ação de investigação de paternidade o filho ao completar 18 anos ganha o direito de propor essa ação de investigação contra seu genitor ou herdeiros, se menor, sua genitora pode entrar com a ação, representada por um advogado, quando se sentir lesado ou excluído de saber a veracidade biológica sobre sua concepção. O mesmo direito é dado aos filhos mesmo que seu genitor tenha morrido, eles podem entrar com a ação de reconhecimento de paternidade, aonde o exame de DNA será feito em parentes mais próximos do falecido.

Para Pereira (2015) devido as transformações que as famílias sofreram ao longo dos anos, a paternidade e a maternidade assumiram outros significados que vão além da verdade biológica. Esse significado passou a ser baseado na afetividade.

De acordo com Fachin (1996) há casos em que o marido da mãe decide reconhecer seus filhos fora do casamento, como sendo seus filhos legítimos. De acordo com o autor, nesses casos a paternidade não pode ser explicada pela genética. Nesse sentido é levada em consideração a relação psicoafetiva, além de o pai lhe dar o nome de sua família ele o trata como sendo seu filho perante a sociedade. Mas, se ainda assim eles tiverem interesse em investigar quem é seu genitor biológico, eles podem entrar com a ação que comprove a paternidade ou não, isso depende dos laços afetivos entre o pai registral e a criança.

Os direitos e deveres decorrentes da paternidade serão objetos do presente estudo, por ser de grande relevância no ordenamento jurídico Nacional, a Lei nº8.560/92 que já investigava a paternidade biológica, com as alterações, foi acrescentada a presunção da paternidade (Lei nº12.004/2009) a partir de julho de 2009 passa a atuar, com a finalidade de regularizar as ações discriminatórias dos filhos gerados fora do casamento.

3.1 O papel do Ministério Público na ação de investigação de paternidade

Nos casos de negatória de paternidade, os autos de averiguação de paternidade encaminham para o Ministério Público que inicia um procedimento administrativo consensual e gratuito por meio do qual é possível provar a paternidade por meio de teste de DNA.

Costa (2020) esclarece que compete ao Ministério intervir nas causas em que há interesses de incapazes, naquelas concernentes ao estado da pessoa e quando houver interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte.

Sendo assim, o papel que o Ministério Público desempenha nessa situação é zelar pela correta aplicação dos direitos e princípios visando sempre o interesse da criança. Nos casos em que o exame de DNA o resultado é negativo, nessa hipótese, há que se perquirir sobre a existência da filiação socioafetiva.

3.2 A importância do teste de DNA

O teste de DNA foi um ganho na ciência e na medicina, pois é o único exame que confere a identidade genética da pessoa, garantindo 99,99% a certeza da paternidade biológica.

Com o resultado positivo, o pai, via de regra, deve efetuar o reconhecimento de paternidade perante o Ministério Público, realizando-se o encaminhamento do termo de reconhecimento ao registro civil, para averbação do nome do pai e dos avós paternos no assento de nascimento da criança.

Caso o resultado do teste de DNA seja negativo, a ação administrativa em relação ao suposto pai é arquivada. Nesses casos o Ministério Público, em vista de preservar os direitos da criança, permite que os envolvidos esclareçam a verdadeira identidade do pai biológico. A partir do resultado negativo a mãe é consultada que indicará outro suposto pai para averiguação de paternidade.

Segundo Silva (2020), se houver consenso entre os interessados, é possível realizar o procedimento de forma particular, realizando o teste de DNA em laboratório. Se o resultado for positivo, o pai pode comparecer no cartório onde foi registrado o filho e declarar a paternidade para averbação junto ao registro de nascimento da criança.

Para Silva (2020), caso não haja consenso, o interessado poderá propor em juízo uma ação de investigação de paternidade, por meio de advogado particular ou, se não tiver condições econômicas, por meio da Defensoria Pública ou advogado nomeado pelo Juíz, de forma dativa, podendo ainda, procurar o Ministério Público, que também possui legitimidade para a propositura da ação, na condição de substituto processual.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa analisou a paternidade, sua evolução histórica, conceito, direitos que gera, bem como a ação cabível para seu reconhecimento. Comprovou-se que a igualdade jurídica entre os filhos foi alçada ao patamar de princípio constitucional, passando a impedir qualquer discriminação relativa ao direito de filiação, estabelecendo os mesmos direitos e qualificações para quaisquer filhos, dentro ou fora do casamento.

Demonstraram-se as importantes consequências geradas pela constitucionalização do direito de filiação, sobretudo com o estabelecimento da igualdade jurídica entre os filhos, demonstrando-se que todos os filhos têm os mesmos direitos e obrigações, devendo receber o mesmo tratamento jurídico, sendo vedada qualquer forma de discriminação, uma vez que todos são filhos.

Em suma, percebeu-se que a igualdade não é meramente formal, mas reconhecidamente material, ocasionando os mesmos direitos pessoais e patrimoniais a todos os filhos, independente da origem da filiação.

Analisando o tema como opinião pessoal, vemos que infelizmente vivemos em um mundo onde é cultural os genitores não terem comprometimento em legitimizar a paternidade dos filhos tidos fora do casamento, motivo pelo qual a maior parte das crianças não tem em seus registros de nascimento o nome de seu pai biológico.

Portanto, a Lei da presunção da Paternidade vem assegurar aos filhos à busca por seu direito de encontrar seu pai biológico, fazendo com que o suposto pai venha a realizar o exame de DNA e se comprovado o vínculo genético, realizar de forma voluntária o registro de seu nome na certidão de nascimento do requerente.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. C. de. **A desbiologização das relações familiares**. Disponível em: Acesso em: 25 ago. 2007.

AVERIGUAÇÃO E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Direito de Família. Disponível em: <https://mppr.mp.br/pagina-6664.html>. Acesso em: 26 de out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências;

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **O valor jurídico do afeto: filiação socioafetiva x monetarização das relações de afeto.** — Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 40: 165-190, 2011 —. Disponível em: < 22369-Texto%20artigo-108186-1-10-20140826.pdf> Acesso em: 11 de Nov de 2020.

CELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Saraiva. 2006. p.171).

COSTA, Gustavo. **A atuação do Ministério Público nas ações negatórias de paternidade: a indisponibilidade do direito à filiação.** Disponível em:<<https://gustavoguaruja.jusbrasil.com.br/artigos/213928568/a-atuacao-do-ministerio-publico-nas-acoes-negatorias-de-paternidade-a-indisponibilidade-do-direito-a-filiacao>> Acesso em: 17 de Nov de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT. 2007.

DOURADOSAGORA. Disponível em:<<https://www.douradosagora.com.br/noticias/brasil/p-resuncao-de-paternidade-nao-e-absoluta-com-nova-lei>> Acesso em: 26 de out. de 2020.

FURTADO e SOUZA, Alexandra Morais Alves de. **Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 4, n. 13, abr./jun. 2002. p. 16.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GROENINGA, G. C. & Pereira R. C. (Org.) (2003). **Direito de Família e Psicanálise**. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago.

Impugnação da paternidade e a atuação do Ministério Público. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-25/mp-debate-impugnacao-paternidade-atuacao-ministerio-publico> Acesso em 26 de out. 2020.

JUSBRASIL. Art. 1601 do Código Civil. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br> Acesso em: 10 de Nov de 2020.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

MADALENO, Rolf. **A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Grandes Temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. **Impugnação da paternidade e a atuação do Ministério Público**. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-jul-25/mp-debate-impugnacao-paternidade-atuacao-ministerio-publico Acesso em: 11 de nov de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família de Nazaré e a parentalidade socioafetiva.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1087/A+fam%C3%ADlia+de+Nazar%C3%A9+e+a+parentalidade+socioafetiva>>

PRESTE, Maria Luci de Mesquita. **A pesquisa e a constituição do conhecimento científico: do planejamento aos textos, da escola à academia.** 3 ed. – São Paulo: Rêspel, 2007. Revista Jurídica Uniandrade – nº 23 – vol. 02 – 2015.

QUEIROZ, Frederico. **Filhos fora do casamento têm direito à herança?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos>> Acesso em: 11 de Nov de 2020.

RIZZARDO, A. *idem.* p. 638-639.

ROMANELLI, G. **Autoridade e poder na família** In: CARVALHO, M. C. B. (Org.). A família contemporânea em debate. São Paulo: EDUC : CORTEZ, 1995.

SHIKATA, Taciana Cortez. **Relativização da coisa julgada na Ação de Investigação de Paternidade.** UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO FACULDADE DE DIREITO. Rio de Janeiro, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** 27. ed. atualizada por Francisco José Cahali; com anotações sobre o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo, Saraiva, 2002. v. 6: direito de família.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade.** 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade.** São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 87.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direito de Família. Vol. 6. 6º ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2006. p. 228.

ABORTO EM ÁGUAS INTERNACIONAIS E O CASO "WOMEN ON WAVES"

PRISCILLA NEVES SILVA:
Bacharelanda em Direito pela
Faculdade Metropolitana de Manaus /
Fametro.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a respeito do crime de aborto e suas particularidades, esclarecendo ao leitor, a definição legal e os esclarecimentos doutrinários a respeito do delito. Inicialmente, pretende-se apresentar o contexto histórico da luta pelos direitos femininos a respeito da sua liberdade sexual – abrangendo, dessa maneira, o direito a continuar a gestação indesejada (por qualquer que seja o motivo), ou não. A partir disso, pretende-se apresentar o caso do navio de origem holandesa da ONG Women on Waves, que realiza aborto em águas internacionais, visando, dessa maneira, aproveitar-se de uma lacuna na legislação internacional para o cometimento da conduta aborto. Visando esclarecer a maneira que é possível que os envolvidos não sejam responsabilizados pela lei brasileira, o presente trabalho também trabalhará conceitos básicos da aplicação da lei penal, dando um enfoque as disposições referentes à quando o crime se realiza no mar territorial do Brasil, com o objetivo de demonstrar o porquê de a aplicação da lei penal brasileira não ser cabível no caso em tela.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Direitos Femininos; Liberdade Sexual; Direito Penal; Aplicação da Lei Penal

ABSTRACT: This paper aims to address the crime of abortion and its particularities, clarifying to the reader, the legal definition and doctrinal clarifications regarding the crime. Initially, it is intended to present the historical context of the struggle for women's rights regarding their sexual freedom - thus covering the right to continue unwanted pregnancies (for whatever reason), or not. From this, it is intended to present the case of the Dutch-born vessel of the NGO Women onWaves, which performs abortion in international waters, aiming, in this way, to take advantage of a gap in international legislation for the committing of abortion conduct. In order to clarify the way that it is possible that those involved are not held accountable by Brazilian law, the present work will also work on basic concepts of the application of criminal law, focusing on the provisions related to when the crime takes place in the territorial sea of Brazil, with the objective of demonstrating why the application of the Brazilian criminal law is not applicable in the present case.

KEYWORDS: Abortion; Women's Rights; Sexual Freedom; Criminal Law; Enforcement of Criminal Law

INTRODUÇÃO

O crime de aborto é questão polêmica. Por um lado, as manifestações são pró mulher – preocupam-se com a saúde, liberdade e condições sociais e psicológicas da mulher em optar por seguir ou não com a gestação. Por outro, os argumentos são pró vida: esse pensamento

diz que o feto tem que ter seus direitos resguardados, incluindo-se principalmente o direito a nascer e permanecer com vida.

Seja como for, o aborto é um fato que marca a vida da mulher. Alguns países, como o Brasil, o criminalizam por entender que o nascituro deve ter seu direito a vida resguardado.

A proteção aos direitos do nascituro pode ser evidenciada no Código Civil, art. 2, onde o legislador deixa claro que os direitos do nascituro estão postos a salvo, ainda que a personalidade civil do sujeito comece no nascimento com vida, de tal maneira que algumas pessoas – geralmente as mulheres, que são diretamente impactadas por tal disposição legislativa - entendem que o legislador estaria colocando em grau de maior importância os direitos de alguém que não nasceu ainda em detrimento de sua liberdade sexual, reprodutiva e de escolha ao não terem a opção de seguir com a gestação ou não.

É importante destacar que mesmo com a criminalização do aborto tendo penas razoáveis para a inibição do crime, sendo a pena base inicial 1 a 3 anos, ainda há a prática ilegal.

No entanto, este é feita de forma muito precária, onde pode resultar na morte não apenas do feto em questão, mas também da gestante que o faz em locais em que não são adequados, evidenciando tratar-se não tão somente de um problema de políticas de persecução criminal do Estado, mas também de um problema de ordem de saúde pública .

Essa realidade não é exclusiva do Brasil: na América do Sul, porquíssimos países permitem o aborto irrestrito. Se contarmos também com a região do Caribe, apenas Cuba, Guiana Francesa, Guiana, Porto Rico e Uruguai permitem a realização deste procedimento sem que a gestante se enquadre em um crime.

Dessa maneira, várias Organizações Não Governamentais pelos direitos femininos têm se posicionado para o fornecimento de assistência a essas mulheres, de maneira em que cada uma delas procura dar alguma contribuição.

No caso da organização não governamental holandesa “Women on Waves”, ela tem por objetivo oferecer a prática do aborto em um ambiente controlado, feito por equipe médica e hospitalar adequada e com condições propícias a boa recuperação da gestante.

O aborto é realizado em local inusitado: a ONG dispõe de um barco que fica em águas internacionais, parado fora do mar territorial de países em que o aborto seja considerado crime, sendo mais barato custear a ida das gestantes interessadas em praticar o aborto até o barco que passagens para países onde essa prática é permitida.

1. DEBATE SOCIAL E LEGISLATIVO

O aborto é um fato em regra considerado como crime que, ainda hoje, gera um amplo debate a respeito de sua criminalização, não somente no Brasil, como também mundialmente.

Uma parte dos grupos, geralmente formados por mulheres, defende que o direito a realização de um aborto seria parte de um rol de direitos sexuais e reprodutivos, sendo estes necessários ao exercício pleno da liberdade por parte das mulheres.

Outro grupo, geralmente composto por homens, pessoas religiosas ou demais pessoas geralmente de ideologia conservadora, entendem que a manutenção da vida é mais importante que a escolha da mulher. Para estes grupos, a “escolha” deveria ser feita ao optar previamente pela utilização de métodos contraceptivos, que evitariam, então, a ocorrência da gravidez.

Estes últimos argumentos, no entanto, não contêm fundamentos que lhes confirmem razão todas as vezes, uma vez que os métodos contraceptivos existentes, tais como a camisinha, DIU e os próprios procedimentos cirúrgicos – geralmente invasivos - são passíveis de falhas, demonstrando que a “escolha” restrita ao uso ou não de métodos contraceptivos pode não ser um argumento válido.

Nesse sentido, o presente tópico visa abordar a respeito do conceito de aborto, os seus tipos, demonstrar quais são os direitos do feto dentro do direito brasileiro e quais são os direitos da mulher no Brasil, procurando também trazer julgados a respeito de em quais possibilidades o aborto é admitido no Brasil.

1.1 Conceito

VIEIRA (2010) conceitua o aborto como a interrupção do nascimento de um feto com menos de 500 gramas ou antes de 20 semanas completas de idade gestacional no momento da expulsão do feto, sem nenhuma possibilidade de sobrevivência. Essa seria a concepção médica do aborto, o que o diferenciaria de outra conduta e o que lhe caracteriza.

Além de o reconhecer como conduta tipificada pela lei brasileira (artigos 124 a 128 do Código Penal), há também o reconhecimento de que o aborto é um problema ainda maior e mais amplo. Para além do crime, VIEIRA (2010) também considera o aborto como um problema de saúde pública, porque há complicações que podem – e geralmente ocorrem – em abortos realizados de forma clandestina.

No Brasil, só há três situações em que o aborto é legalizado: quando há risco de vida para a gestante, quando a gravidez é resultado de estupro e quando o feto é anencéfalo (feto que possui uma má formação no cérebro que faz com que inexista o encéfalo e a caixa craniana). A última situação é oriunda de decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, que aconteceu por meio da ADPF 54.

É importante destacar que muitos dos autores consultados tratam o aborto como uma questão de saúde pública, não fechando-se na questão do fato típico em si. Tal abordagem deve-se ao fato de que o aborto, antes de fato típico, ilícito e culpável, é também uma conduta que pode gerar sérios riscos de saúde a gestante que o realiza, por geralmente o realizar em locais precários, sem estrutura para qualquer tipo de atendimento médico em clínicas clandestinas.

1.2 Tipos de aborto

O Código Penal, por meio dos artigos 124 até o artigo 128, traz as hipóteses em que o aborto é regulamentado por lei. Temos cinco principais hipóteses: aborto provocado pela gestante; aborto provocado por terceiro; aborto praticado por terceiro em forma qualificada, o aborto necessário e o provocado por estupro.

Apenas os três primeiros são considerados como crime, sendo os dois últimos considerados como excludentes para este crime, logo não há pena aplicável para estes casos.

O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento é punível com pena de detenção, que varia de um a três anos. É crime material, que admite tentativa. Ocorre quando a gestante tem o ato de provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”2.

Segundo nos elucida a explicação de Lima e Clipes (2014)

Aqui a gestante por sua livre e espontânea vontade, pratica o aborto em si mesma. Já a segunda conduta, é chamada de aborto consentido, e consubstancia-se no verbo “consentir”. Nesta figura delitiva, a gestante permite que outra pessoa cometa o delito efetuando manobras abortivas.

Já o aborto provocado por terceiro, está disposto no artigo 125 e 126, onde a pena maior encontra-se para aquele que faz o aborto na gestante, mesmo que sem ou com a presença de seu consentimento:

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

O artigo também prevê a forma qualificada do aborto, por meio do artigo 127, CP:

Forma qualificada

2 Código Penal. Art. 124

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Por último, tem-se a excludente de responsabilização aos médicos que praticam o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando o aborto é feito em uma gravidez onde houve estupro, desde que, no último caso, haja consentimento da gestante ou de seu responsável legal, quando incapaz:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

1.3 Direitos do feto

O direito brasileiro assegura os direitos do feto tanto quanto os direitos daqueles que já estão com vida, por meio de alguns dispositivos legais os quais falaremos melhor a seguir.

Segundo o artigo 2º do Código Civil, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Em sendo esta redação um tanto quanto confusa, faz-se necessário a explicação a respeito do porquê o nascituro tem este direito assegurado por lei.

Segundo Affonso (2014), o direito à vida é considerado pelo legislador como um dos maiores direitos do ser humano, que por isso teriam efeitos mesmo em sua condição de não nascido ainda:

O direito à vida é superior aos demais direitos dos homens, e sendo de indiscutível importância, atinge o nascituro mesmo nesta condição suspensiva de direitos.

O nascituro é também detentor do direito à vida, de forma que cabe ao Estado a sua proteção, sem tirar, é claro, a responsabilidade da genitora de protegê-lo, de forma que, não atente contra a vida do feto, interrompendo a vida que se desenvolve em seu útero.

Por esse motivo, Affonso (2014) entende que o direito a vida deve ser respeitado preliminarmente mesmo no caso do nascituro, ou seja, do feto, para que possa gozar de todos os direitos que lhe serão devidos após o seu nascimento:

O direito à vida é, antes de mais nada, pré-requisito para o exercício de qualquer dos direitos inerentes ao indivíduo, e, portanto, deve ser respeitado preliminarmente, já que se violado, os demais direitos que dele possam resultar serão violados automaticamente

É uma posição que cabe crítica, uma vez que é necessário que o direito defina melhor a partir de quando se consideraria o nascituro como sujeito de direitos. Questiona-se: o nascituro com 1 semana de desenvolvimento ainda sim poderia ser considerado como sujeito destes direitos?

É certo que, pensando por meio das emoções, entende-se como grave a ocorrência de um aborto a partir de muitos meses de desenvolvimento do feto, como um aborto que acontece quando a gravidez já conta com 6, 7 meses.

Mas e se o aborto é ocorrido com apenas algumas semanas de vida, onde o desenvolvimento do feto é muito diminuto?

Para além desses questionamentos, Affonso (2014) traz que o nascituro também tem direito a alimentos provisionais ou definitivos, quando deles necessitar, os também chamados alimentos gravídicos:

A Lei no 8.560/1992, em seu artigo 7º, assegura ao nascituro o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar: “Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.”.

Outro direito interessante de ser abordado no presente tópico é a possibilidade de a grávida ser investida dos direitos devidos ao nascituro, desde que apresente o laudo que comprove a gravidez e o juiz decida que isto ocorra por meio de sentença:

É importante salientar também que, presente no Código de Processo Civil, artigo 877 e 878, há a possibilidade da mulher que, para garantir os direitos do nascituro, poderá provar sua gravidez segundo médico de nomeação do juiz. A posteriori, o artigo 878 define: “Apresentando o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.” (AFFONSO, 2014)

Nesse sentido,

1.4 Direitos da mulher no Brasil

ANJOS et al. (2013) entende que em 1980, a ideia de direitos sexuais e reprodutivos (inseridos aí na amplitude do direito de liberdade) foi também fruto das reivindicações feministas da época. Essas reivindicações giravam em torno da necessidade da concessão da liberdade do planejamento familiar, onde os casais poderiam escolher ter ou não filhos – e, se optassem por ter filhos, quantos eles teriam.

Nesse contexto, cabe citar que conforme os anos foram passando e houve transformação do modo de pensar da sociedade, foi-se alterando a visão de que a mulher era inteiramente submissa, quase que predestinada a ter filhos – mesmo que não o almejasse – pois não tinha conhecimento de medidas contraceptivas. Mesmo em situações em que tivesse conhecimento de medidas contraceptivas, também não tinha apoio da família e amigos para as utilizar, visto que os métodos contraceptivos eram moralmente reprovados pela maioria da sociedade em geral (ROCHA e BARBOSA, 2009 APUD ANJOS et al, 2013).

Hoje, as mulheres têm os mesmos direitos que homens, usufruindo também dos direitos fundamentais dispostos na Carta Magna, dentro do artigo 5º. Isso significa dizer, portanto, que as mulheres também possuem o direito a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, tanto quanto os homens – ou, ao menos, em teoria.

O direito a liberdade, como sabemos, é um direito muito amplo: desde a liberdade de locomoção a liberdade de se relacionar e a liberdade sexual, é um direito muito amplo.

Assim, entendemos que nem toda liberdade é contemplada pelo direito brasileiro as mulheres, haja vista a proibição dos abortos disposta no Código Penal e que encontra fundamento no Código Civil e demais leis que vimos anteriormente.

Aparentemente, não se respeita totalmente os direitos de liberdade das mulheres, em se tratando de liberdade reprodutiva. Passaremos, portanto, ao tópico a respeito da ONG Women on Waves e o aborto realizado em águas internacionais, buscando trazer mais detalhes a respeito do caso.

2. ONG WOMEN ON WAVES E O ABORTO REALIZADO EM ÁGUAS INTERNACIONAIS

Em meio a todo esse debate a respeito do aborto, os direitos do feto e os direitos da mulher, surgiram as organizações não governamentais Women on Waves e Women on Web. Essa última, que tem por objetivo principal disseminar conhecimento sobre métodos contraceptivos e demais ferramentas para auxiliar no planejamento familiar, inclusive com o envio de pílulas abortivas. As duas foram fundadas por Rebecca Gomperts, médica holandesa.

Por meio da Ong Women on Waves, a ideia de Gomperts é levar o aborto realizado de forma higiênica e segura para países em que há proibição da conduta.

O processo funciona da seguinte forma: a ONG atraca um navio em águas internacionais, fora do mar territorial do país que proíbe a prática, mas próximo ao mar territorial desses países. As gestantes interessadas pegam um barco que as leve até o navio e lá realizam os abortos.

Já na ONG Women on Web, além da prestação de informações a respeito do aborto, há o envio de pílulas abortivas por correio, pílulas essas que tem por base a substância Mizoprostol. Nesse caso, as pílulas são utilizadas para fazer o procedimento em casa. Segundo Rebecca Gomperts, o impacto do medicamento é o mesmo que se a gestante tivesse um aborto espontâneo (NOTÍCIAS STF, 2018).

Sobre os sites, recentemente houve o bloqueio do acesso dos mesmos na internet nos seguintes países: Brasil, Irã, Arabia Saudita, Coreia do Sul e Turquia. A Ong Coding Rights fez um relatório sobre a suspensão do acesso nesses países. O presente relatório percebeu, entre outras coisas, que:

Dado que o aborto permanece como prática ilegal em diversos países, e que a Women on Waves adotou táticas pouco convencionais para apoiar a prática segura da interrupção de gravidez ao redor do mundo, pudemos verificar que os sites da Women on Waves (womenonwaves.org e womenonweb.org) foram censurados por certos países

2.1 Histórico do projeto

A organização não governamental (ONG) Women on Waves tem ppor objetivo de existência a promoção de acesso ao aborto de maneira segura, ainda que em países os quais não há legalização para este procedimento:

Women on Waves é uma organização holandesa sem fins lucrativos que pretende promover o acesso ao aborto seguro mesmo em países que não o legalizaram. Ela afirma ter como missão empoderar as mulheres para tomar decisões conscientes e bem informadas sobre planejamento familiar, prevenir a gravidez indesejada, assegurar o aborto seguro e legal, reduzir o sofrimento físico e psicológico desnecessário e as mortes por aborto ilegal e incentivar o apoio à liberalização das leis do aborto em todo o mundo.

A organização possui um navio, que atraca no mar de diversos países, onde fornecem contraceptivos, informação, workshops e abortos seguros e legais fora das águas territoriais de países onde o aborto é ilegal.³

Bruxellas (2019) nos traz uma breve exposição a respeito da criação e atuação desta organização não governamental, explicando que a ideia para a sua criação foi encabeçada pela médica Rebecca Gomperts e surgiu a partir de 1990:

Em 1999, foi criada a polêmica organização não governamental e sem fins lucrativos chamada “Women on Waves Foundation”. A ideia

³ WIKIPEDIA. **Women on Waves**. Disponível em:
https://pt.wikipedia.org/wiki/Women_on_Waves

para a criação da ONG, de origem holandesa, foi encabeçada pela médica Rebecca Gomperts e tem sua gênese na década de 90, enquanto ela realizava sua residência médica no continente africano e trabalhava em unidades móveis do Greenpeace.

A partir da morte de muitas mulheres em decorrência da prática de abortos clandestinos, Rebecca Gomperts passou a procurar maneiras de provocar mudanças na liberdade reprodutiva feminina:

Atiçada pelo duro testemunhar de dezenas de mortes femininas em virtude da prática de abortos ilegais, performados em locais clandestinos e não seguros, Rebecca dedicou-se a buscar uma forma de provocar mudanças efetivas no cenário global no que concerne o direito à liberdade reprodutiva feminina. Gomperts idealizou uma forma inovadora de ativismo que visava e pretendia transcender não só fronteiras, como também romper com barreiras do imaginário. Sua iniciativa almejava oferecer acesso à educação sexual, métodos contraceptivos e serviços abortivos a mulheres em países onde essas práticas eram proibidas. Somando-se a esses propósitos, Gomperts estava convicta da necessidade de concretizá-los sem infringir as leis dos países que ambicionava revolucionar. (BRUXELLAS, 2019)

Com a ideia já consolidada, a fundadora da Organização Não Governamental começou a idealizar uma maneira de levar um pedaço de seu país a outros, de maneira que foi idealizado formato de levar a assistência a estas mulheres atualmente, por meio de um navio:

A questão formulada era, enfim, como realizar, legalmente, práticas, permitidas em seu país, em países onde as mesmas eram incontestavelmente ilegais? Rebecca precisaria, de alguma forma, levar seu país ao país alheio. A idealização da médica aparentava, à primeira vista, ser paradoxal. A solução encontrada, no entanto, revelou-se ser tão original quanto secular: Ir para além das águas territoriais de países que criminalizam as condutas que ela aspirava colocar em prática. Após extensivas pesquisas legais e médicas, a ativista concluiu que a resposta não estava em levar o público alvo de seu ativismo à Holanda, e sim em levar a Holanda ao seu público alvo. Para levar a Holanda e suas leis reprodutivas aos quatro cantos do mundo, a médica apenas precisava de um navio que arvorasse a bandeira tricolor; vermelha, branca e azul. (BRUXELLAS, 2019)

Dessa maneira, o navio foi a melhor opção disponível ao propósito da ONG, pois não seria necessário trazer as mulheres que tem interesse pelo procedimento do aborto até o país de origem da médica, o que, a longo prazo, justificaria os custos com a sua compra e manutenção. Além disso, o propósito da ONG não é unicamente a realização de abortos, mas também o oferecimento de educação sexual as pacientes:

Em uma embarcação de bandeira neerlandesa, ela poderia navegar até o porto de um país “X”, onde o aborto, a contracepção e a educação sexual são ilegais, trazer mulheres a bordo, levá-las ao Alto-Mar e legalmente fornecer-lhes métodos contraceptivos, informativos de educação sexual ou até mesmo realizar procedimentos abortivos - enquanto ainda em águas internacionais – sem que isso configurasse um crime, independentemente da legislação do país onde o recolhimento ocorreu. (BRUXELLAS, 2019)

Nesse sentido, entendemos que a existência de uma organização tal qual a “Women on Waves” partiu de uma ideia inovadora de levar educação e maior liberdade reprodutiva as mulheres no mundo inteiro, em especial naqueles países em que há muita restrição quanto a possibilidade de acatar o aborto mesmo em determinados casos em que não há, por parte da mulher, a “escolha” por utilizar métodos contraceptivos, como nos casos da gravidez por estupro, por exemplo.

2.2 Polêmicas

Vieira (2010) aponta o aborto como uma das principais causas de mortalidade materna no Brasil. Para a autora, esse fato ocorre porque o aborto realizado no país é tido como inseguro: as clínicas clandestinas onde a gestante se dispõe a ir geralmente não tem padrões de higiene ou mesmo dispõem de técnicas para que o procedimento possa ser realizado de forma segura, o que resulta em risco de morte para a mulher. Segundo a autora, o problema ocorre por conta da criminalização da conduta no país.

Ao argumentar sobre o debate do aborto induzido, SANTOS et al (2013) defende que as “discussões inerentes ao aborto no Brasil suscitam reflexões relacionadas a aspectos sociais, culturais, morais, legais, econômicos, bioéticos, religiosos e ideológicos.”

Talvez por esse motivo seja uma discussão considerada tão difícil e polêmica hoje, principalmente sobre se a conduta devia realmente ser considerada legal ou não e em quais outros casos mais, se houver. Seguindo esse raciocínio, SANTOS et al (2013) entende que “por atravessar um emaranhado de aspectos econômicos, jurídicos, religiosos e ideológicos, a temática aborto incita passionalidade e atrito”.

Para SANTOS et al (2013), a situação da prática de aborto inseguro agrava-se ainda mais em mulheres de baixa escolaridades e negras. Isso porque há um déficit na assistência da saúde da mulher, que piora devido ao acesso desigual dos recursos que podem evitar a gravidez indesejada:

o déficit de qualidade na assistência prestada na atenção à saúde da mulher, especificamente relacionada à saúde sexual e reprodutiva, somado ao discurso medicalizador e hospitalocêntrico, tornou o parto hospitalar e cesariano, com vistas à esterilização, prática cultural corriqueira. A inobservância na oferta de acesso a atenção à saúde sexual e reprodutiva, tanto no aconselhamento quanto na oferta efetiva de medicamento contraceptivo, também eleva o número de

gravidez indesejada. Essa situação pode estar diretamente relacionada ao alto índice de abortos induzidos. Tal fato ocorre porque diversas mulheres se encontram desamparadas em seu direito à saúde e, como no Brasil o aborto é ilegal na maioria das situações, algumas recorrem a práticas clandestinas ou inseguras, sobretudo as mais pobres, com baixa escolaridade e negras

2.3 É possível a punição dos envolvidos pela lei brasileira?

O trabalho realizado por eles é, a primeira análise, legal – o navio é holandês, um país onde o aborto é legalizado. Logo, por estar em águas internacionais e a regra de territorialidade do direito penal brasileiro não se aplicar ao caso em questão (porque o navio não é brasileiro e o fato não acontece em mar territorial brasileiro), entendemos que a conduta realizada não é crime.

Para provar esse ponto de vista, pretende-se explicar as regras de territorialidade e extraterritorialidade do direito penal brasileiro. Também pretende-se conceituar legalmente as condutas, analisando o caso de forma ampla e entendendo o aborto de uma perspectiva de saúde pública, conforme entendimento dos autores aqui citados anteriormente.

Ao estudarmos a aplicação da lei penal brasileira, deparamo-nos com os conceitos de aplicação da lei penal no espaço, os quais estão traduzidos em dois institutos da aplicação da lei penal: a territorialidade e a extraterritorialidade.

Segundo o Direito Penal brasileiro, a territorialidade é a regra. Por meio dela é que é definido que os delitos praticados no Brasil serão regidos pela lei penal brasileira. Esta noção advém da ideia de soberania do país, segundo Kondo (2015):

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a territorialidade é “a aplicação das leis brasileiras aos delitos cometidos dentro do território nacional (art. 5º, *caput*, CP)”. Portanto, trata-se de “regra geral, que advém do conceito de soberania, ou seja, a cada Estado cabe decidir e aplicar as leis pertinentes aos acontecimentos dentro do seu território”.

Nesta senda, para fins de aplicação da lei penal no espaço, é de extrema importância a conceituação de “território”, que, consoante entendimento do supramencionado doutrinador, consiste em “todo espaço onde o Brasil exerce a sua soberania, seja ele terrestre, aéreo, marítimo ou fluvial”.

Assim, “são elementos do território nacional: a) o solo ocupado pela nação; b) os rios, os lagos e os mares interiores e sucessivos; c) os golfos, as baías e os portos; d) a faixa de mar exterior, que corre ao largo da costa e que constitui o mar territorial; e) a parte que o direito atribui a cada estado sobre os rios, lagos e mares fronteiriços; f) os navios nacionais; g) o espaço aéreo correspondente ao território; h) as aeronaves nacionais”.

Para Kondo (2015), existe ainda a possibilidade da extraterritorialidade na aplicação da lei penal, que é, necessariamente, aplicada em ocasiões muito singulares. Esta extraterritorialidade está dividida entre incondicionada e condicionada.

Como visto, a territorialidade é a regra. Contudo, em algumas situações, “admite-se o interesse do Brasil em punir autores de crimes ocorridos fora do seu território. Extraterritorialidade, portanto, significa a aplicação da lei penal nacional a delitos ocorridos no estrangeiro (art. 7.º, CP)” (NUCCI, 2012, p. 131).

Deste modo, na esteira da aula anterior, importa salientar que a extraterritorialidade é regida pelos princípios da defesa, proteção ou real; da nacionalidade ou personalidade ativa; da justiça cosmopolita ou universal; da representação ou bandeira.

Por fim, ressalta-se ainda que a extraterritorialidade será dividida em 02 (dois) critérios:

Incondicionada: “o interesse punitivo da Justiça brasileira deve ser exercido de qualquer maneira, independentemente de qualquer condição”;

Condicionada: “somente há interesse do Brasil em punir o autor de crime cometido no exterior se preenchidas as condições descritas no art. 7.º, § 2.º, *a, b, c, d, e*, e § 3.º, do Código Penal”.

O direito internacional não reconhece o aborto como crime internacional; dessa maneira, sem norma penal, não há que se falar em cometimento de crime.

Nesse sentido, ao levar as interessadas na realização de aborto para águas internacionais, não há que se falar em cometimento de crime por parte da gestante interessada e dos envolvidos no seu cometimento.

Ainda que se levasse em consideração a procedência do navio para fins de persecução penal, tem-se que o país de origem do navio é a Holanda; logo, como o aborto não se trata de crime em seu país de origem, ou seja, a Holanda, não há que se falar em crime.

CONCLUSÃO

Como vimos no decorrer do presente artigo, o aborto se trata de uma conduta considerada pelas leis brasileiras como criminosa, haja vista que o legislador põe os direitos do nascituro salvaguardados, mesmo que ainda não tenha personalidade civil, de acordo com o Código Civil de 2002.

Assim, o direito brasileiro acaba por reduzir uma questão com complexidade e problemática muito maior, que vai para além da criminalização deste fato jurídico, uma vez que geralmente o que leva uma gestante a realizar o aborto é motivo relativo a situação socioeconômica.

Pode-se verificar durante o decorrer do artigo que a realização do aborto clandestino é, hoje, um dos principais problemas de saúde para o público feminino, assim como o é o câncer, enquanto doença, e atos de violência contra a mulher, por exemplo.

Nesse sentido, cabe ressaltarmos que o debate a respeito do aborto continua muito presente e cada dia mais intensificado, a partir de constantes denúncias por parte da mídia de dados em que cada vez mais mulheres, adolescentes e até mesmo crianças tem seus direitos sexuais violados e, ainda assim, existem médicos que se recusam a realizar o procedimento.

Uma mudança legislativa nesse sentido pode ocorrer, mas se assim acontecer, será com vários anos de militância e persistência por parte de movimentos sociais, além de manifestações em prol desta prática.

REFERÊNCIAS

- BRUXELLAS, L L. **Os limites da territorialidade e uma nova forma de ativismo: Análise do caso “Women on Waves” e a ajuda humanitária em Alto-Mar.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28211/LU%C3%8DZA%20UCAS%20BRUXELLAS.pdf>
- ANJOS, K F; SANTOS, V C; SOUZAS, R, EUGUÊNIO, B G. **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos.** Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul/set 2013.
- ANJOS, K F; SANTOS, V C; SOUZAS, R, EUGUÊNIO, B G. **Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública.** Rev. bioét. (Impr.). 2013; 21 (3): 494-508
- CODING RIGHTS. **Sobre o bloqueio dos sites pelo direito de escolha Women on Waves e Women on Web.** Disponível em: <https://medium.com/codingrights/brasil-bloqueia-women-on-waves-site-que-traz-informa%C3%A7%C3%B5es-sobre-aborto-seguro-91cd6ae64ba3>
- LOUREIRO, D C; VIEIRA, E M. **Aborto: conhecimento e opinião de médicos dos serviços de emergência de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil, sobre aspectos éticos e legais.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 20(3):679-688, mai-jun, 2004
- NOTÍCIAS STF. **Fundadora das ONGs Women on Waves e Women on Web pede a descriminalização do aborto no Brasil.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385764>
- VIEIRA, E M. **A questão do aborto no Brasil.** Rev Bras Ginecol Obstet. 2010; 32(3): 103-4.
- KONDO, R L. **Direito Penal: aplicação da lei penal no espaço – parte 02 (Aula 08).** Disponível em: <https://endireitados.jusbrasil.com.br/noticias/196656668/direito-penal-aplicacao-da-lei-penal-no-espaco-parte-02-aula-08>

SANTOS, V C; ANJOS, K F; SOUZAS, R; EUGÊNIO, B G. **Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública.** Disponível em:
https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422013000300014&script=sci_arttext

LIMA, J L; CLIPES, M P. **Elementos estruturais do crime de aborto e suas especificidades.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/elementos-estruturais-do-crime-de-aborto-e-suas-especificidades>

MAUS TRATOS AOS ANIMAIS DOMÉSTICOS E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

NARITA NASCIMENTO DE ALMEIDA:
Graduanda do Curso de Direito da Fametro.

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo uma minuciosa análise acerca do crime de maus-tratos aos animais domésticos, o qual também será discutido sobre a atual proteção jurídica dos animais à luz da legislação protetiva, do âmbito do Direito Constitucional, Penal e do Direito Animal, realizando uma análise e breves considerações sobre as leis existentes. Ademais, com base nessa análise será abordado sobre a eficácia da lei de proteção aos animais e a urgente necessidade de uma mudança de paradigmas com relação a esses seres vivos, para que sua proteção dentro do nosso ordenamento jurídico possa surtir maiores efeitos, já que não é de hoje que a proteção jurídica dos animais domésticos vem sendo violada. Por fim, pode-se afirmar que este tema revela-se de grande importância, pois, como será demonstrado os animais também são passíveis de direitos e merecem tanto respeito quanto o próprio homem.

PALAVRAS-CHAVE: Direito dos Animais. Animais Domésticos. Lei. Maus Tratos.

ABSTRACT: The main objective of this article is a thorough analysis of the crime of mistreatment of domestic animals, which will also be discussed on the current legal protection of animals in the light of protective legislation, the scope of Constitutional, Criminal and Animal Law, carrying out an analysis and brief considerations on the existing laws. Furthermore, based on this analysis, the effectiveness of the animal protection law and the urgent need for a paradigm shift in relation to these living beings will be addressed, so that their protection within our legal system can have greater effects, since it does not it is today that the legal protection of domestic animals has been violated. Finally, it can be said that this topic proves to be of great importance, because, as will be demonstrated, animals are also subject to rights and deserve as much respect as man himself.

KEYWORDS: Animal Rights. Domestic animals. Law. Mistreatment.

INTRODUÇÃO

Atualmente, não é raro as pessoas tomarem conhecimento ou até mesmo presenciarem a prática de maus-tratos contra animais domésticos, e, na maioria das vezes por receio, medo ou até mesmo por falta de direcionamento e conhecimento acabam deixando de comunicar essa prática ilícita às autoridades competentes.

Todavia, como é de conhecimento de todos os animais não possuem meios de se defender, nem tampouco de procurar os seus direitos. Sendo realmente necessário o empenho da sociedade para lutar contra a prática ilícita dos maus tratos e tortura contra os animais, a fim de que sejam evitados a prática desses atos inaceitáveis.

Insta ressaltar, que apesar dos animais não serem detentores da nossa racionalidade humana, segundo diversos estudos científicos, eles possuem capacidade de sentir e certo grau de cognição, o que os torna passíveis de dor e sofrimento. O que por si só demonstra que os animais merecem ser tutelados pela nossa legislação pátria, devendo ter seus direitos e dignidade garantidos na forma da lei.

Desta forma, o primeiro item do artigo em apreço abordará sobre o conceito de animais domésticos, aprofundando ainda sobre o direito dos animais sob a ótica da nossa Constituição Federal de 1988.

Já no segundo item será devidamente analisado e minuciosamente explanado sobre o crime de maus tratos contra animais domésticos, o qual também será demonstrado algumas espécies de práticas ilícitas que são consideradas como maus tratos e tortura aos animais domésticos, e ainda a sua punibilidade.

No terceiro item será demonstrado a legislação vigente acerca de crimes praticados contra animais, não deixando de abordar e pontuar sobre a entrada em vigor da novíssima Lei n. 14.064/20 de 29 de setembro de 2020 denominada de “Lei Sansão”, o qual será discutido acerca de quais possíveis os benefícios trará a referida lei aos animais domésticos, não deixando de explanar sobre o projeto de lei complementar n. 27/2018 que versa sobre a natureza jurídica dos animais não humanos.

O quarto item trata de uma breve discussão acerca da ineficácia da lei de proteção aos animais como um todo. Por fim, o tema do presente artigo justifica-se devido à sua importância e a real necessidade de existir uma legislação completa e eficaz no que se refere ao crime de maus tratos aos animais domesticados, que ainda nos dias de hoje são praticados de forma reiterada por boa parte da nossa população, como será demonstrado ao longo deste trabalho.

1 ANIMAIS DOMÉSTICOS

1.1. Conceituação de Animal Doméstico

Inicialmente é de suma importância destacar que animais domésticos são aqueles que possuem características apropriadas para a convivência com os seres humanos. Com o passar do tempo, foram sendo domesticados pelos seres humanos e se acostumaram a viver em casas e apartamentos. Em alguns casos, chegam a ser comparados a membros da família, por haver um vínculo afetivo entre o animal e seu dono.

De acordo com o inciso III, do art. 2º, da Portaria Ibama n. 93, de 07 de julho de 1998, animais domésticos são:

III - Fauna Doméstica: Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou.

Ao falarmos em animais domésticos, pensamos que este conceito se restringe apenas a cães, gatos, pássaros ou peixes, entretanto, ovelhas, cavalos, galinhas, vacas, entre outras espécies, também fazem parte deste grupo de animais domésticos.

O que pode inclusive ser observado através da lista completa dos animais considerados domésticos para fins de operacionalização do IBAMA, é aquela constante do Anexo I da Portaria Ibama n. 93/1998, e inclui espécies não tão comuns no dia a dia como as citadas acima.

No entanto, as espécies que têm maior convívio com os donos, as que convivem no seio familiar, e possuem maior vínculo afetivo são os cães, gatos e peixes.

Em todos os casos citados acima, pode se observar que, além de desempenhar uma função específica no lar, ou vida dos donos, os animais de companhia fazem parte de suas rotinas, e desta forma, é de se esperar que ambos criem laços afetivos respectivamente.

1.2 Direito dos animais e a Constituição Federal de 1988

Inicialmente, é necessário esclarecer que o presente estudo não visa realizar uma análise minuciosa da constituição federal, e sim discutir e evidenciar a evolução da importância da proteção ambiental, e, conseqüentemente, da proteção dos animais, dentro do nosso ordenamento jurídico pátrio. Ressalta-se ainda, que devido ao processo de evolução das necessidades da nossa sociedade, a consciência ambiental, protegida atualmente pelo texto constitucional, foi resultado de uma gradativa construção social, e que, ainda nos dias de hoje, se encontra em fase de aprimoramento.

Registre-se ainda, que a tutela constitucional do meio ambiente no Brasil, teve seu marco inaugural com a Constituição Federal de 1988. Aliás, segundo os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 147), esta é “a primeira Constituição brasileira em que a expressão “meio ambiente” é mencionada”.

Aliás, é válido mencionar que o tema meio ambiente encontra-se disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225 e seus parágrafos, que encerra o Capítulo VI, inserido no Título VIII, que trata da Ordem Social. No entanto, segundo afirma Machado (2014, p. 147) “as disposições acerca do meio ambiente permeiam todo o texto constitucional, estando inseridas em vários títulos e capítulos”.

Assim, a Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 225, §1º, inciso VII o seguinte:

Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º- Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Por outro lado, apesar de trazer essa proteção valiosa, o caput do referente artigo solidifica um posicionamento antropocêntrico, no qual ratifica o homem como centro do benefício dessa proteção, sendo o meio ambiente de todos, erga omnes, e devendo este ser protegido e cuidado a fim de ser usufruído pelo ser humano no presente e por suas futuras gerações, para uma plena e digna existência dos mesmos, tipificando um direito de terceira geração ou novíssima dimensão, como afirma Medeiros (2013, p. 49 e 50).

No que se refere a tutela constitucional dos animais, é importante destacar o posicionamento doutrinário de Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, Jayme Weingartner Neto e Selma Rodrigues Petterle (2017, p. 85):

A Constituição brasileira de 1988 foi vanguardista ao estabelecer um capítulo específico à proteção do ambiente e avançou, ainda mais, ao estabelecer uma corajosa proteção aos animais pois, pela primeira vez, foi reconhecida constitucionalmente uma norma de proteção à vida dos animais. Além disso, para além do fato de proteger a vida, se buscou, simplesmente, garantir a vedação de maus tratos e a vedação à crueldade.

Sendo assim, podemos observar com clareza que a nossa Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a proteção dos animais contra, quais sejam: os maus tratos e contra o seu abandono. Existem várias leis para coibir tais condutas, mas, ainda assim, os crimes não param de crescer e os animais ficam cada vez mais vulneráveis. Não bastam só as Leis para evitar tais crimes, pois não são satisfatórias; é necessário a conscientização, sendo esta a melhor forma para diminuir a prática de tais delitos.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio o doutrinador Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 16) afirma que: “a tutela constitucional ambiental preocupa-se com a vida, em todas as suas formas ou manifestações”.

Portanto, conclui-se que independentemente de repartição de competências, incumbe ao Estado a tutela dos animais, sem distinções em razão de sua função ecológica, sendo-lhes garantida proteção jurídico-constitucional.

2 CRIMES DE MAUS TRATOS E TORTURAS AOS ANIMAIS

Para que possamos melhor entender sobre a temática abordada, se faz necessário expor o conceito de maus tratos, que segundo os ensinamentos de Delabary (2012, p. 835), “entende-se por maus tratos o ato de submeter alguém a tratamento cruel, trabalhos forçados e/ou privação de alimentos ou cuidados. No que diz respeito aos animais, a variedade de maus tratos vai bem além dessa definição. É importante saber que maltratar animais é crime”.

Isto é, trata-se de uma prática covarde, antissocial, abominável e perfeitamente passível de punição quem comete maus-tratos e crueldade contra animais domésticos ou

domesticados, nativos ou exóticos. E essas agressões praticadas pelo ser humano contra os animais podem ocorrer de diversas formas.

Apesar de ser um ato lamentável e extremamente triste, o fato é que os maus tratos aos animais domésticos ainda existem e em grande proporção no nosso país, e como exemplo podemos destacar como uma das principais ocorrências de maus tratos, o abandono de animais de estimação. Dentre as causas para tal abandono, à doutrinadora Elga Helena de Paula Almeida (2014, p. 22) destaca as seguintes circunstâncias:

Quando o animal, por ser muito novo e ainda não adestrado faz bagunças pela casa, ou brinca o tempo todo, e algumas pessoas não tem paciência e os largam nas ruas; quando se tornam adultos e os donos simplesmente perdem o interesse e o abandonam; ou quando ficam velhos demais e incapacitados para o trabalho forçado a que eram submetidos, e como não servem mais para satisfazer as necessidades de seus donos, são soltos na rua ou nas estradas.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio Custódio (1997, p. 61) dispõe que:

A crueldade contra animais é toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados, mediante matança cruel pela caça abusiva, por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas, tecnológicas, dentre outras), amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas como tiro ao voo, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativeiros ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições enfermas, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até a exaustão ou morte, touradas, farra de boi, ou similares), abates atroz, castigos violentos e tiranos, adestramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus tratos contra animais vivos, submetidos a injustificáveis e inadmissíveis angústias, dores, torturas, dentre outros atroz sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal.

Segundo esclareceu o ministro Ricardo Lewandowski (2011, p. 326) o crime de maus tratos contra os animais é uma prática inaceitável, vejamos:

Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros. Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente

ou deforma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.

Ademais, é de suma importância salientar que a maior parte dos crimes contra animais domésticos nem sequer chega ao conhecimento das autoridades competentes, seja em razão ao medo de denunciar, ou por ignorância de grande parte da população que considera tal fato como “normal”, ou até mesmo por desconhecerem os corretos procedimentos e a legislação.

Importante ainda frisar, que muitos são os atos de violência, maus tratos e tortura praticados contra os animais domésticos. A exemplo podemos apontar, os seguintes:

a) Bater, maltratar ou machucar animais domésticos, a exemplo: chutar o animal, jogar água quente, manter o animal preso dias e dias com fome, ou exposto a sol e chuva;

b) Outra prática também considerada como uma espécie de maus tratos é a Rinha que nada mais é que a “famosa” briga de galos, passarinhos, cachorros que são levados a um confronto proposital, deixando-os feridos ou cegos, podendo até matá-los.

c) A Farra do boi: que é uma prática brasileira, portuguesa e espanhola que consiste em submeter o animal a fobia pública, soltando-o no meio de uma multidão, que o persegue e o machuca, durante o trajeto, para depois ser sacrificado. A farra do boi, em nosso país, é uma adaptação da tourada à corda dos Açores (Portugal), que acontece durante a semana santa e consiste em amarrar um touro a uma corda, sem qualquer tortura contra o animal, que, em regra, desvencilha-se das amarras e corre enfurecido pelas ruas, seguido da população em festa. O sacrifício de bois na sexta feira tem o sentido simbólico de transformá-los em portadores dos pecados humanos. A farra do boi em Santa Catarina se dá durante o ano todo se caracteriza pela tortura animal.

d) O envenenamento, chibatadas, açoites, mutilação, enforcamento, queimaduras, abandono, encarceramento em ambiente sem higiene ou de dimensões inadequadas, entre diversas outras práticas ilícitas.

Segundo afirma Delabary (2012, p. 837), “muitos praticam maus-tratos sem perceber que o fazem, pois quando um animal fica preso, sem água e alimento ou se fica debaixo do sol ininterruptamente, isso também é considerado crime e deve ser denunciado e punido. Outra prática recorrente de maus-tratos é a eutanásia, quando existe tratamento para o animal”.

De outra forma, cumpre esclarecer que a Lei de Crimes Ambientais foi criada para regulamentar a disposição do artigo 225, §3º da Constituição Federal, o qual passou a prever uma série de sanções penais e administrativas para aqueles que praticarem atos lesivos ao meio ambiente.

Com o passar dos anos e o conseqüente avanço da sociedade, o uso indiscriminado e lesivo dos animais domésticos, sempre utilizados para diversos fins, fez com que estes se tornassem vítimas de crueldades, maus tratos, abandonos por parte do ser humano.

Nas palavras de Xavier, (2013, p. 1602) os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas da violência perpetrada pelos seres humanos, que lhes impingem sofrimento desnecessário, através de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios. O modo como são tratados os animais contrasta com o nível de inteligência da sociedade pós-moderna, que se proclama uma civilização avançada, a ter por parâmetro seu progresso intelectual, moral, social e tecnológico.

Portanto, é cristalino que houve uma notória regressão do ser humano no que diz respeito aos animais domésticos, o que além de tratar-se de uma prática ilícita também pode ser considerado uma prática covarde, pois, os animais não possuem capacidade de defesa perante o homem, precisando deste para que possa ser preservado e cuidado.

3 A LEGISLAÇÃO ACERCA DE CRIMES PRATICADOS CONTRA ANIMAIS

Verifica-se que no Brasil, a primeira norma que abordou a cerca da proteção aos animais foi o Decreto n. 16.590/1924. Este decreto coibia as corridas de touros, rinhas de galos e de canários, e outras atividades que pudessem causar sofrimento aos animais.

Durante o governo de Getúlio Vargas, o Decreto 24.645/1934, estabeleceu determinadas medidas de proteção aos animais, e especificou algumas espécies de maus tratos aos animais, que por sua vez foram disciplinados pelo Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das contravenções penais) que em seu artigo 64, estabeleceu as seguintes condutas:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público

Importante salientar que no decorrer do tempo, também houveram outros Decretos e Leis que tinham como finalidade a real proteção do animal, sendo alguns destes: o Decreto-Lei n. 221/1967 (Código de Pesca); Lei n. 5.197/1967 (Lei de Proteção a Fauna); Lei n. 6.638/1979 (Lei da Vivissecção); Lei nº 7.173/1983 (que dispõe sobre o estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos); Lei nº 7.643/1987 (proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências).

Já a nossa Constituição Federal de 1988, trouxe a tutela constitucional aos animais, o qual encontra-se disposto em seu artigo 225, §1º, inciso VII, da seguinte forma:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Neste contexto, Ferreira (2014, p. 32) destaca que: “a proteção dos animais não humanos é corolário da chamada proteção ecológica, ou seja, derivada da noção de preservação do meio ambiente como um todo, pela importância que cada ser vivo representa para o bem-estar e o equilíbrio ambiental”. Quer dizer, a edição da norma constitucional que passou a vedar à crueldade trouxe para o nosso ordenamento jurídico a importante discussão acerca do respeito devido aos direitos fundamentais titularizados pelos animais, como a vida, a integridade física e a liberdade.

Já segundo os ensinamentos de Santana (2006, p. 149): “com o advento da Constituição de 1988, o status jurídicos dos animais muda, já que a partir deste momento, eles deixam de ser propriedade do Estado ou bem particular, para serem considerados, nos termos do artigo 225, caput, da Constituição Federal de 1988, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

No que se refere à legislação infraconstitucional, se faz importante mencionar a Lei n. 9.605 de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), que entre os seus 82 artigos tutela direitos básicos dos animais, elucidando alguns tipos específicos de crimes contra a fauna, bem como, acerca das sanções penais e administrativas resultantes de atividades lesivas ao ambiente. Já nos artigos 29 ao 37, estão previstos os crimes dolosos, bem como a modalidade culposa.

Por outro lado, não se pode deixar de salientar a importância do artigo 32 da referida lei, uma vez que tipifica como crime os maus tratos a animais. Sob os seguintes argumentos, vejamos:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

O referido artigo é claro ao destacar que aquele indivíduo que ocasionar dano, sofrimento e maus tratos a um animal, cometerá delito previsto em seu artigo 32.

Insta ressaltar, que a Lei n. 9.605/1998 também previu sanções penais e administrativas aplicáveis no caso de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. O artigo 29 elenca os crimes contra o meio ambiente:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Dentre as inovações trazidas a época pela referida Lei destaca-se a previsão de responsabilização da pessoa jurídica, no âmbito administrativo, civil e penal, pelas infrações cometidas no interesse ou benefício de sua entidade.

Para o nosso Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002), os animais são considerados coisas, bem móveis, bens semoventes, com a mesma disciplina jurídica dos bens móveis e com a aplicação das regras correspondentes aos mesmos, artigo 82 do Código Civil, vejamos:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Por seu turno, o doutrinador Machado (2014, p. 148) destaca que: “o artigo 82 do Código Civil estabelece a subjugação dos animais aos interesses humanos no ordenamento jurídico pátrio, que por seu turno sofreu forte influência do direito romano, que considerava os animais como bens, uma propriedade do ser humano”.

Posteriormente, no dia 08 de outubro de 2008 foi editada a Lei nº 11.794/2008, que versa sobre o uso de animais em atividades de ensino e científicas.

No entanto, segundo afirma Machado (2014, p. 961) a Lei nº 11.794/2008: “não apresenta devidamente a eficácia requerida pela Constituição no sentido de proteção e de interdição de práticas cruéis, pois não dispõe de meios de condicionar o uso de animais à observância dos princípios da prevenção e da precaução, como o estudo prévio de impacto ambiental”. No que concerne aos animais domésticos que são de propriedade privada, é dever do proprietário buscar protegê-lo e defendê-lo de condutas criminosas e abusivas, entretanto, há certa limitação uma vez que também são protegidos pela constituição e por legislações disciplinadoras.

Assim, mesmo que o dono do animal doméstico tenha a total propriedade, ele fica condicionado a certas condutas, que se forem abusivas, como por exemplo, os maus-tratos e as condições precárias de vida, podem gerar sanções civis e penais.

Portanto, através deste estudo pôde-se constatar, que todos os animais presentes no Brasil, sem nenhuma exceção, são resguardados pela nossa Constituição Federal, sendo este, um dever do Poder Público e da sociedade como sempre cuidar e protegê-los.

3.1 A nova Lei n. 14.064/20 de 29 de setembro de 2020 “Lei Sansão”

No dia 30 de setembro de 2020 foi publicada a Lei nº 14.064, que é oriunda do Projeto de Lei nº 1.095/2019, de autoria do deputado federal Fred Costa.

Imperioso destacar que a referida lei criou uma qualificadora no artigo 32 da Lei nº 9.605/98, em casos de crimes de maus-tratos se praticados contra gatos e cachorros (animais domésticos), imputando a pena de reclusão de 02 a 05 anos, multa e proibição da guarda, vejamos:

§ 1º -A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Esta nova Lei foi batizada de “LEI SANSÃO” como forma de homenagear o cão vítima de agressão na cidade de Confins, na região Metropolitana de Belo Horizonte, ocasião em que um cachorro Sansão de dois anos, da raça pitbull teve suas patas traseiras decepadas a golpes de foice, por um homem de 44 anos de idade. Fato esse que ocasionou grande repercussão no nosso país, principalmente em razão dos requintes de crueldades e dos atos de tortura praticados pelo criminoso contra o animal que sofreu ao ter suas patas traseiras monstruosamente decepadas.

Por óbvio resta claro que a lei promulgada não resolve os problemas, mas passa a levar mais consciência a sociedade de que se deve tratar bem os animais. Portanto, é importante mencionar que a lei não deixa de ser um avanço para nossa sociedade, vez que, visará inibir práticas criminosas absurdas e cruéis contra cães e gatos.

3.2 A Natureza Jurídica dos animais segundo o Projeto Lei Complementar 27/2018

O Projeto lei n. 27/2018 teve iniciativa do deputado federal Ricardo Izar, e no ano de 2019 foi aprovado no Senado Federal, que acrescentou um novo dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), o qual dispõe acerca da natureza jurídica dos animais não humanos, determinando assim que esses animais possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, sendo, portanto vedado o seu tratamento como coisa.

Importante mencionar que a Lei nº 9.605/1998 trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Todavia, o referido projeto foi aprovado no Senado Federal, tendo como principal objetivo fundamental a construção de uma sociedade mais consciente e solidária, reconhecendo assim que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional, sendo seres sencientes, passíveis de sofrimento conforme lhe imputa o artigo 2º inciso III.

De outra forma, o acréscimo da nova forma jurídica dada aos animais não humanos retornou a Câmara dos Deputados para novos trâmites jurídicos. O dispositivo atualmente acrescentou a lei de crimes ambientais que os animais não humanos possuem

natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Sendo, portanto, reconhecido que os animais não humanos possuem natureza jurídica “*sui generis*” e que são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo obter tutela jurisdicional quando tiver seus direitos violados, sendo vedado seu tratamento como coisa, conforme dispõe artigo 3º, modificou também a aplicação do artigo 82 do Código Civil Brasileiro de 2002, pois mediante o artigo acrescido 79-B da lei 9.605/1998, dizendo não aplicar aos animais não humanos, uma vez que eles ficam sujeitos aos direitos despersonalizados, não devendo ser considerados como coisas.

Portanto, este projeto sendo instituído como Lei, proporcionará aos animais o direito à defesa e à **proteção jurídica em casos de maus tratos** e maior atenção, ética, responsabilidade e cuidados à integridade deles.

4 A INEFICÁCIA DA LEI DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

Como reiteradamente mencionado, a prática de maus tratos aos animais domésticos é um tema bastante polêmico e que cada vez mais tem sido objeto de debates na nossa sociedade e entre os operadores do direito. Isso porque, há um forte clamor social para que os crimes violentos contra animais não sejam mais tolerados dentro do nosso país.

É fato que a nossa Constituição Federal de 1988 preocupou-se em prever o dever de proteção aos animais e para isso criou mecanismos para garantir que esse dever fosse cumprido, por meio da tutela penal.

Todavia, a Lei Crimes Ambientais mostra-se não ser a mais apropriada à tutela penal dos animais, vez que a fixação de penas demasiadamente “leves” não tem atingido o resultado preventivo esperado pelo direito penal, o qual, salienta-se não é a função principal assumida pelo direito penal ambiental, como já destacado.

Nesse viés, o doutrinador Alex Fernandes Santiago (2015, p. 25) se manifesta da seguinte forma:

Cabe ao Direito a difícil decisão de tornar mais rigorosa a legislação penal, como forma de tentar aplicar com efetividade o Direito Penal Ambiental, o qual hoje é tido como simbólico. Caso contrário, deve ser retirada a matéria ambiental do campo da proteção penal, pois inútil. Como efeito, pode-se dizer que a Lei de Crimes Ambientais protege os animais de forma simbólica, principalmente os domésticos, tendo em vista que não se vislumbra real repressão contra a prática do crime de maus-tratos, uma vez que a pena é extremamente baixa e como já tratada, possibilita diversas substituições que visam a reparação do dano ambiental.

Contudo, essa proteção simbólica não está unicamente relacionada à finalidade da Lei, considerando que há, também, uma série de causas interligadas que fragilizam a aplicação da pena prevista no dispositivo.

Segundo RODRIGUES (2010, p. 74) para que este problema possa começar a ser sanada: “há a necessidade de um poder coercitivo soberano que imponha um sistema de penalidades como recurso estabilizador contra toda e qualquer violência praticada ao animal e que atue em conjunto com as esferas cíveis e administrativas do país”.

No mais, o doutrinador Rodrigues (2010, p. 76) prossegue afirmando que além da notória deficiência de uma punição mais efetiva e severa, a Lei dos Crimes Ambientais, ao tratar de aspetos penais-processuais, apresentou alternativas à pena restritiva de liberdade, prevendo a impossibilidade da aplicação da pena devida quando houver a recuperação do dano ou pagamento para a sociedade, o que quer dizer que nos casos de crimes de menor potencial ofensivo será aplicada a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Nesses casos, cabe, portanto, a transação penal ou a suspensão condicional do processo, o que diminui, de fato, a pena de quem pratica a conduta delituosa⁹¹. A ausência de um controle moderador realmente eficaz é o reflexo da violação à legislação em vigor e precisa ser revista o mais rápido possível.

Segundo dispõe Levai (2008, p. 171):

outro problema enfrentado que resulta no sofrimento dos animais é precariedade na fiscalização das leis existentes. Incumbe, principalmente, ao Ministério Público, zelar pelo cumprimento da Constituição, resguardando o meio ambiente e os animais, lutando para que as leis infraconstitucionais que pautem seus textos na norma suprema sejam efetivamente cumpridas, bem como para que nenhuma lei infraconstitucional legitime a crueldade e que nenhum princípio de ordem econômica justifique a barbárie.

Deste modo, é cristalina a real necessidade de reforma das Leis de Crimes Ambientais e do Código Penal Brasileiro, para se verificar qual será de fato, a pena imposta aos indivíduos que insistem em praticar crimes contra os animais, bem como, que esta pena seja eficaz a ponto de coibir esta prática delituosa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar e aprofundar sobre os direitos dos animais que sem dúvidas é um assunto vem crescendo cada vez mais, tanto em meio a sociedade, em razão dos diversos casos assustadores que viraram notícia para todo o país, bem como, no âmbito jurídico como um novo ramo do direito, pois abrange além dos direitos e da vida dos animais, como também a proteção ao próprio meio ambiente.

Como pôde-se verificar ao longo deste estudo, as práticas de maus tratos e crueldades imposta pelo homem aos animais, em especial aos domésticos que são os que mais convivem com os seres humanos tem crescido excessivamente, entretanto a sociedade vem entendendo que os animais realmente devem ser protegidos desses crimes.

Ademais, observou-se que as penalidades não têm sido suficientes para extinguir esses atos criminosos, mas também se faz necessária uma reeducação da população. Destaque-se

que apesar de haver um crescimento expressivo de pessoas que notoriamente se preocupam com o bem estar dos animais, onde passaram a protegê-los e ajudá-los através de resgates desses animais, campanhas para adoções de animais abandonados, associações protetoras de animais, ONG's e legislações estaduais e municipais favoráveis aos direitos desses animais.

Em síntese, observou-se que a sanção penal no caso de crimes contra animais domésticos não obtém os efeitos esperados, o que resulta no verdadeiro fracasso da lei por não punir os criminosos com o devido rigor. As penalidades aplicadas continuam sendo absurdamente brandas, tendo em vista a gravidade dos crimes cometidos, que é desconsiderada pela Lei ao desdenhar a vida, integridade e saúde de seres tão inocentes.

Por esta razão, acredita-se ser o conjunto da obra para extinguir a prática desses atos que se encontram enraizadas na nossa população, sendo necessário uma legislação mais eficaz, bem como, uma maior importância e métodos de fiscalização por parte do Estado.

Isto posto, conclui-se o avanço da legislação brasileira no que se refere ao direito dos animais ainda se mostra como um dos grandes desafios da nossa sociedade, já que se espera a mobilização desta contra a crueldade com os animais e para sensibilização do Poder Legislativo, cobrando deles leis mais rígidas a respeito do direito destes e da própria comunidade no processo de elaboração projetos socioambientais para educação ambiental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elga Helena de Paula. **Maus tratos contra animais. In: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14569>. Acesso em: 20 set 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativa derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2020.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Crueldade contra animais e proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 2, n. 7, p.61, jul./set. 1997.

DELABARY, B. F. **Aspectos que influenciam os maus-tratos contra animais no meio urbano**. Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental (REGET/UFES), 2012.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direito**. Curitiba: Juruá, 2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.856 Rio de Janeiro** (2011). Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em set de 2020.

LEVAI, Laerte Fernando. **Crueldade consentida – Crítica à razão antropocêntrica**. In: Revista Brasileira de Direito Animal, ano 3, n. 4, Salvador: Evolução, jan./dez. 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza, Fontoura de; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETTERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e vedação de crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural**. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2017.

PORTARIA Nº 93, DE 07 DE JULHO 1998. Disponível em: <http://www.institutohorus.org.br/download/marcos_legais/Portaria%20IBAMA%2093%20-%201998%20animais%20domesticos.pdf>. Acesso em 01 de out de 2020.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito & os animais. Uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo animal**. 2006. 281 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Recife, Recife, 2006.

Disponível em: <http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4037/arquivo6005_1.pdf?sequence=1> Acesso em 11 de out de 2020.

SANTIAGO, Alex Fernandes. **Fundamentos de Direito Penal Ambiental**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2015.

XAVIER, Cláudio. **Direitos dos animais no século XXI: Uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais**. RIDB (ISSN 2182-7567), nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: : <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

O RACISMO E SEUS IMPACTOS NO PODER JUDICIÁRIO

DAVID ANDREWS GAMA PEREIRA:
Bacharelado do curso de Direito da Faculdade
Metropolitana de Manaus – FAMETRO.

DÁRIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA⁴

(orientador)

Resumo: A presente pesquisa teve por objetivo a discussão a respeito dos impactos no racismo. No decorrer do artigo, pretendeu-se explorar e compreender o impacto do racismo institucionalizado dentro do Judiciário, apontar saídas e sugerir soluções para que o preceito da Carta Magna, sobre não haver discriminação de nenhum tipo – raça, credo, cor, sexo – seja de fato seguido em todos os lugares, mas em especial pelo Poder Judiciário. Entende-se que a aplicação dos princípios constitucionais deve ser sempre o norte do operador do direito: quando em atuação, deve-se esquecer os preconceitos se o objetivo for chegar a uma decisão que resolva a controvérsia da melhor forma possível, que traga a equidade – e, sempre que possível, persiga o ideal de justiça almejado pelo direito e suas decisões, independente de fatores externos, como valores ou convicções carregadas pelo operador do direito. Espera-se que a contribuição módica do presente trabalho venha por meio da discussão de conceitos como racismo, racismo institucional e outros conceitos correlatos.

Palavras-Chave: Racismo, Judiciário, Impactos Sociais, Poder Judiciário

ABSTRACT: This research aimed to discuss the impacts on racism. It was intended to explore and understand the impact of institutionalized racism within the Judiciary, to point out ways and to suggest solutions so that the precept of the Magna Carta, about not having discrimination of any kind - race, creed, color, sex - is in fact followed in all places, but especially by the Judiciary. It is understood that the application of constitutional principles must always be the north of the operator of the law: when in action, prejudices must be forgotten if the objective is to reach a decision that resolves the controversy in the best possible way, that brings equity - and, whenever possible, pursue the ideal of justice sought by the law and its decisions, regardless of external factors, such as values or convictions carried by the operator of the law. It is expected that the modest contribution of this work will come through the discussion of concepts such as racism, institutional racism and other related concepts.

Keywords: Racism, Judiciary, Social Impacts

INTRODUÇÃO

⁴ Professor orientador do curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO. E-mail: ew2-

Mesmo com o avanço em políticas de direitos humanos no sentido de evitar – ou mitigar - qualquer tipo de discriminação em decorrência de credo, raça, gênero ou cor, até hoje ainda existem muitos resquícios dessas práticas preconceituosas em nosso dia a dia.

Os avanços aos quais nos referimos, tais como a prática legal de coibir manifestações ditas de “livre expressão”, porém que refletiam nada mais que o preconceito daquele que as emitia, tiveram muita força com a Constituição Federal de 1988, que a partir dessa data passou a proibir essas discriminações. A lei, no entanto, não foi suficiente para eliminar ou mesmo retirar esses preconceitos de todos os locais, como no Poder Judiciário, por exemplo.

Como dissemos, algumas práticas preconceituosas ainda subsistem e estão em todos os setores da sociedade, inclusive no Poder Judiciário. Tais atos vão desde a forma de tratamento dada aos interessados pelos técnicos judiciários até as decisões dos magistrados em casos criminais, por exemplo.

Nesse cenário, o racismo institucionalizado apresenta-se como mais um problema a ser enfrentado pelo Poder Judiciário a fim de garantir o acesso à justiça para todos, livre de preconceitos de qualquer tipo (raça, credo, gênero, sexualidade e cor), assim como prevê a Constituição Federal, por meio do artigo 5º.

Tais práticas danosas podem afetar consideravelmente a procura pela solução das lides de pessoas negras, por receio de que as controvérsias não serão resolvidas por sua classe ou cor, que seu testemunho não valerá tanto ou que ele já é culpado – aqui nos referimos aos casos da seara criminal.

A partir dessa problemática, presente trabalho será norteado por três perguntas, que inspirarão o nome dos tópicos do trabalho e que auxiliaram na didática deste.

A primeira, “Afinal, o que é o racismo?”, buscará trazer alguns conceitos importantes para a compreensão do leitor sobre o que queremos trazer em nosso trabalho: o racismo e de que maneira este se manifesta de maneira muito silenciosa algumas vezes, presente inclusive em algumas atitudes que veremos conforme o decorrer do tópico.

A segunda, “racismo institucional no poder judiciário: verdade ou mito?” pretende demonstrar ao leitor o porquê de acreditar-se haver racismo institucional, conceito este que será explicado pelo tópico anterior, dentro do Poder Judiciário. O tópico abordará também a respeito das condutas que se acredita ensejarem justamente no racismo institucional, dando um enfoque maior a casos relativos à seara do Direito Penal.

A terceira e última pergunta, “como o direito brasileiro pode coibir cada vez mais práticas racistas no país”, buscará o diálogo entre autores e verificar quais saídas estes apontam para a diminuição desta prática, vez que essa diminuição efetiva poderia melhorar – e muito – as situações constrangedoras e discriminatórias as quais as pessoas negras estão, infelizmente, sujeitas a enfrentar.

1 RACISMO – CONCEITO E MANEIRAS DE SE MANIFESTAR

O racismo ainda é um problema muito presente nas nossas vidas, sendo mais presente nas vidas de alguns e menos nas de outros. Esses “alguns”, seriam as próprias vítimas dessas discriminações, uma vez que sofrem bastante com a ocorrência de práticas sutis, como frases que perpetuam os preconceitos sofridos pelos negros, por meio de “piadas”.

Este problema é, inclusive, difícil de ser reconhecido por nós mesmos em pequenas atitudes do nosso dia a dia, como ocorre quando alguém atravessa a rua por motivos unicamente discriminatórios com outro pedestre que passa ali próximo, por exemplo. Ou exemplo muito válido também é a presunção de que alguém negro é, necessariamente, um potencial bandido.

Conforme demonstraremos no decorrer do tópico, situações em que o racismo se encontra velado são cada vez mais difíceis de serem reconhecidos pelas pessoas, conforme demonstrou estudo utilizado no decorrer da escrita do subtópico seguinte.

1.1 Conceito legal e doutrinário

Racismo pode ser definido, de maneira muito simplificada, como um conjunto de atos de preconceituosos que se referem a raça do indivíduo. É importante destacar que as condutas as quais incide o comportamento racista são muito amplas, podendo essas condutas terem inúmeros impactos e significâncias, dependendo da análise que é feita a partir dela. No racismo, existem dimensões históricas, sociológicas e institucionais, por exemplo.

Nunes (2014), em “Racismo Contra Negros: sutileza e persistência”, divide sua pesquisa em 4 linhas específicas: cotas, políticas antirracistas, ter o direito de “não gostar de negros” e o preconceito de cor e de situação socioeconômica.

Há, primeiramente, a demonstração da sutileza do racismo. Inicialmente, Nunes (2014) demonstra em sua pesquisa a dificuldade de encontrar, em si mesmo, comportamentos racistas: “O racismo aqui é apontado no outro, mas trata-se, de modo geral, de um outro genérico, distante. Em sua maioria, nessa categoria, os entrevistados falam do racismo na sociedade, ou lembram situações observadas em ônibus, nas ruas”

Nota-se aqui que quando as situações de racismo são claras, os entrevistados não têm dúvida sobre tal comportamento. Não há consenso entre os entrevistados na pesquisa, no entanto, quando há uma forma de discriminação mais sutil.

NUNES (2014) também identifica na pesquisa o racismo manifestado por meio de brincadeiras, tomando um humor sarcástico:

Em um estudo sobre insultos raciais, Guimarães (2002) notou que muitos negros recebem xingamentos referentes à sexualidade ou animalização, como vagabunda, galinha, macaco. Vale lembrar que o insulto é uma forma de evidenciar a hierarquia e “sabotar” qualquer tentativa de tratamento igualitário. No entanto, esses insultos quando assumem a forma da brincadeira perdem qualquer possibilidade de discussão ou de denúncia de racismo, já que brincar permite o jogo da humilhação sem que ele esteja claramente declarado.

A pesquisa traz várias perspectivas interessantes, dentre elas o racismo cometido pelo próprio negro contra outros indivíduos negros. Nesse sentido, NUNES (2014) percebe que os entrevistados culpam aos próprios negros pela intensificação do racismo cometido por eles.

É interessante notarmos a amplitude do racismo em nossas vidas: a pesquisa faz-nos notar que ele está presente em piadas, discriminações mais amplas e outras mais sutis. Percebemos, também, a dificuldade dos entrevistados em enxergar em si atitudes racistas, por vezes achando que a culpa de tais atos de discriminação é das próprias vítimas.

Partindo dessa ideia, abordaremos o conceito de racismo institucional, ou racismo institucionalizado. LÒPEZ (2012) entende que o racismo institucional se trata justamente dessas formas sutis de discriminação, difundidas no cotidiano das organizações. Podemos incluir aqui instituições do poder público, como órgãos do executivo, legislativo e judiciário:

O racismo institucional, tal como o definem Silva et al. (2009), não se expressa em atos manifestos, explícitos ou declarados de discriminação (como poderiam ser as manifestações individuais e conscientes que marcam o racismo e a discriminação racial, tal qual reconhecidas e punidas pela Constituição brasileira). **Ao contrário, atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes segmentos da população do ponto de vista racial.** Ele extrapola as relações interpessoais e instaura-se no cotidiano institucional, inclusive na implementação efetiva de políticas públicas, gerando, de forma ampla, desigualdades e iniquidades

Ainda segundo LÒPEZ (2012), realizando estudos mais profundos sobre o racismo institucional de forma histórica, completa:

O racismo institucional, tal como definido pelos autores, denuncia as estruturas de poder branco e cria as condições políticas para se estabelecerem estruturas de poder negro. Os autores se referem ao racismo como a predicação de decisões e de políticas sob considerações de raça com o propósito de subordinar um grupo racial e manter o domínio sobre esse grupo. O racismo apresenta-se, ao mesmo tempo, aberto e encoberto, em duas formas estreitamente relacionadas entre si

Logo, podemos sugerir que o racismo institucional pode ter consequências gravíssimas aos indivíduos que são vítimas dele, uma vez que seus impactos refletem, por exemplo, em decisões de natureza inclusive política em detrimento de um grupo por questões raciais. ROCHA (2016) corrobora esse entendimento, uma vez que entende que o racismo pode ser visualizado tanto em ações quanto omissões relevantes:

Manifesta-se tanto em ações concretas de discriminação racial, como em atitudes de **omissão frente a injustiças decorrentes da condição**

étnico-racial. É gerador de múltiplas violências, guerras, desigualdade racial, perseguição religiosa, extermínio. E pode estar subjacente a ideias preconceituosas e a práticas de discriminação, segregação, isolamento social e aniquilamentos

Aplicando essa ideia do racismo institucional que pode ocorrer dentro do âmbito do Poder Judiciário, BUENO et al (2014) discorrem a respeito dos motivos que os fazem acreditar que o racismo institucional diminui o princípio do acesso à justiça em decorrência do preconceito oriundo da cor.

Os autores argumentam que o racismo institucional é muito mais evidente na área criminal: comparando estatisticamente o número de processados que necessitaram de auxílio jurídico oriundo da defensoria pública para casos criminais e o número de absolvições entre os candidatos afrodescendentes e brancos era muito desigual:

Grande parte dos réus afrodescendentes dependem da defensoria pública oferecida pelo estado, o que é um reflexo da baixa renda desses indivíduos, de acordo com Adorno (1991), dentre condenados pelo tribunal de São Paulo, 57,6% dos negros precisaram essa modalidade de assistência jurídica, enquanto apenas 39,5% dos brancos utilizaram desse recurso. Isso leva a crer que este mecanismo é o responsável pelo desequilíbrio entre as condenações, entretanto, refuta-se a ideia quando se analisa que, do número de réus absolvidos por meio da defensoria pública, 27,1% eram negros, número significativamente inferior à quantidade de brancos (60,9%). Além disso, em junho de 2012, a Organização dos Estados Americanos (OEA) declarou que a assistência jurídica integral e gratuita oferecida pelo Brasil era um dos modelos mais eficientes dentre os países americanos, conforme o artigo publicado no site Advogados Públicos.

Paralelamente, a legislação brasileira tem a sua própria maneira de conceituar o racismo, por meio da lei n. 7716/89. Em um primeiro momento, ressalta-se que esta lei se trata de legislação penal, que busca definir conceitos para que haja o enquadramento no tipo penal adequado.

Dessa forma, a lei n. 7716/89 enquadra algumas condutas contra a dignidade individual do indivíduo, que vê subtraída a sua oportunidade de ingressar em um novo trabalho, por exemplo, em decorrência de preconceitos oriundos a sua cor.

O art. 3º da lei de racismo traz uma tipificação justamente nesses casos em que o preconceito de algum servidor estatal acaba criando entraves desnecessários ao ingresso de um novo servidor dentro da Administração Pública:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

No mesmo sentido, o art. 4º da mesma lei traz disposição análoga a anterior; a diferença, no entanto, encontra-se no fato de que o referido artigo trata a respeito do acesso a oportunidades de emprego na iniciativa privada: “negar ou obstar emprego em empresa privada. Pena: reclusão de dois a cinco anos”.

Assim, percebemos que o legislador, seguindo as disposições constitucionais, repudia o Racismo. Os artigos supracitados são apenas a previsão mais clara desse repúdio.

Em contra mão deste repúdio, no entanto, ocorre com o choque entre esta lei e outros aspectos da própria norma jurídica. É importante nos atermos também a este entrave considerado por alguns como principal para a impunidade nos crimes de racismo: a diferenciação entre o crime de Injúria Racial e o crime de Racismo, como veremos no próximo tópico.

1.2 Sobre o crime de Racismo e a Injúria Racial

O crime de injúria é tipificado pelo Código Penal brasileiro, na secção de crimes contra honra, tipificado pelo artigo 140, com os seguintes dizeres: “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

A injúria é definida por Ventura (2014) como um crime que fere o bem jurídico da honra subjetiva. Para o autor, a injúria fere atributos morais, físicos, intelectuais ou sociais do indivíduo. Para além disso, esclarece que qualquer opinião pessoal a uma pessoa em relação a outra, como ocorre com xingamentos ou insultos, por exemplo, caracteriza-se como injúria:

Ao contrário da Calúnia e Difamação, o bem jurídico tutelado, aqui, é a honra subjetiva que é a constituída pelos atributos morais (dignidade) ou físicos, intelectuais, sociais (decoro) pessoais de cada indivíduo.

Não há, no crime em tela, imputação de fatos precisos e determinados, mas apenas fatos genéricos desonrosos ou de qualidades negativas da vítima, com menosprezo, depreciação etc.

Dessa forma, qualquer imputação (opinião) pessoal (insultos, xingamentos...) de uma pessoa em relação à outra, caracteriza o crime de Injúria.

Injuriar alguém, significa imputar a este uma condição de inferioridade perante a si mesmo, pois ataca de forma direta seus próprios atributos pessoais. Importante ressaltar que, neste crime, a honra objetiva também pode ser afetada.

No crime de Injúria não há a necessidade que terceiros tomem ciência da imputação ofensiva bastando, somente, que o sujeito passivo a tenha, independentemente de sentir-se ou não atingido em sua honra subjetiva. Se o ato estiver revestido de idoneidade ofensiva, o crime estará consumado.

Por outro lado, mesmo que a Injúria não seja proferida na presença do ofendido e este tomar conhecimento por terceiro, correspondência ou qualquer outro meio, também configurará o crime em tela.

Como se trata de um crime que tem a pena de um a seis meses, ou multa – quando falamos da injúria simples – trata-se de um crime de menor potencial ofensivo, que, em tese, não levaria a prisão em se tratando de algum réu primário, por exemplo.

Quando falamos, no entanto, da injúria qualificada pelo preconceito racial, a disposição no art. 140, parágrafo 3º do Código Penal, temos um crime com uma pena maior, por ser considerada a ofensa como mais gravosa.

Diz o parágrafo do artigo 140: “3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

A injúria racial é definida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios como um dano relativo a dignidade de alguém, com base em elementos raciais: “para sua caracterização é necessário que haja ofensa à dignidade de alguém, com base em elementos referentes à sua raça, cor, etnia, religião, idade ou deficiência.”

Em sendo a injúria um crime comum e que não tem a proteção constitucional para a vítima da imprescritibilidade do crime, haviam algumas dúvidas a respeito desta imprescritibilidade se aplicar a injúria racial.

Assim, ainda em relação a injúria racial, segundo Cunha (2014), existem decisões jurisprudenciais a este respeito, demonstrando que a imprescritibilidade seria, em um primeiro momento, aplicável a este crime, tal como ocorre com o crime de racismo:

O STJ, julgando recurso de agravo regimental no recurso especial nº 686.965/DF, considerou que a injúria racial está na seara dos crimes relativos ao racismo e é também imprescritível, pois tem sentido de segregação, somando-se às definições da Lei nº 7.716/89, que não traz um rol taxativo.

Embora polêmica, a jurisprudência supracitada demonstraria, em um primeiro momento, a eficácia

1.3 Sobre o racismo institucional no Brasil

O racismo institucional tem dimensão histórica relevante. Ele começa com a construção do ideal de “democracia racial”, escondendo fatos como o embranquecimento da nação, segundo Lopez (2012):

O processo de construção ideológica do Brasil (assim como de outros países da América Latina) como uma nação mestiça, iniciado no século XIX, sustenta-se no fato de que teria ocorrido uma fusão “harmônica” de raças e culturas, denominada, posteriormente, de “democracia racial”. Esta idealização esconde que a “harmonia racial”

tinha como pressuposto a manutenção das hierarquias raciais vigentes no país, na qual o segmento branco da população foi tido como principal e dominante, constituindo o ideal a ser alcançado pela nação, ao menos em termos comportamentais e morais. O mestiço foi elevado à condição de símbolo nacional, representando tanto a "harmonia racial" quanto a possibilidade de embranquecimento da nação. É assim que "[a] tensão existente entre harmonia racial e embranquecimento é acirrada pela impossibilidade/incapacidade de reconhecer horizontalmente a igualdade entre todos no interior de uma pluralidade de raças e cores tratadas e pensadas hierarquicamente" (Silvério, 2004, p.41).

Nesse sentido, Lopez (2012) traz reflexões a respeito da dinâmica das relações raciais no Brasil e entende que a idealização da miscigenação biológica teria sido ampliada a outras esferas da vida social é ancorada em "verdades" que destinam um lugar sub-humano a não brancos:

Como adverte Silvério (2004), é possível pensar a dinâmica das relações raciais no Brasil a partir de um imaginário social que, pela sua pluralidade e multiplicidade, contrasta com a "rígida" idealização de que formamos uma nação em que a miscigenação biológica teria transbordado para todas as esferas da vida social. O autor observa que a continuidade dessa idealização está atravessada por práticas ancoradas em "verdades" (constituídas em diferentes momentos históricos por conhecimentos de caráter religioso, científico etc.) que destinam um lugar de não-humanidade ou quase humanidade para os não-brancos.

Lopez (2012) traz ainda que a transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado de pessoas negras foi excludente, uma vez que sucessivas leis e até o estímulo a imigração ao Brasil, ocorrida entre a virada do século XIX para o século XX, contribuiu para a desigualdades no acesso ao trabalho:

Destaca Theodoro (2008) que o trabalho escravo, núcleo do sistema produtivo do Brasil Colônia, foi gradativamente substituído pelo trabalho livre no decorrer do século XIX. Essa substituição, no entanto, dá-se de uma forma particularmente excludente. Mecanismos legais, como a Lei de Terras de 1850 (que legaliza a apropriação desigual da terra entre grupos étnicorraciais), a Lei da Abolição de 1888 (sem políticas direcionadas à inclusão da população ex-escravizada do ponto de vista social, econômico, político), e mesmo o processo de estímulo à imigração, na virada do século XIX para o XX, forjaram um cenário de desigualdade racial no acesso ao trabalho.

Nesse sentido, o conceito de racismo institucional começa a ser moldado, haja vista que os negros começam a ser excluídos de possíveis postos de trabalho e, assim, verifica-se

que o racismo não é mais escancarado, como antes: agora passa a ser algo mais contido, que tem o mesmo significado, porém cujo preconceito se deseja atribuir a outros fatores, como “incompetência” ou “incompatibilidade” com o cargo ao qual se gostaria de ter acesso.

É importante citarmos que esta institucionalização chegou a outros campos, para além do trabalho, que permeiam desde a convivência social – com a fabricação de estereótipos de que os ditos “marginais” seriam pessoas negras e periféricas, até a forma de tratamento diferenciada pelo Estado, em todos os seus poderes.

No Poder Executivo, evidencia-se a truculência com a qual as polícias lidam com pessoas negras, em abordagens de rotina ou em operações. Além disso, atos de violência não são exclusivamente oriundos do Estado. Também são os negros os maiores afetados em ações violentas de maneira geral:

A “questão racial” na produção social da violência, embora presente em estudos importantes, como já mencionado, é um tema invisível para o debate público e para a opinião majoritária. Mas tem, pouco a pouco, saído da invisibilidade por força de ações de fomento à produção de dados implementadas pelo Governo Federal, induzindo publicações e estudos que colocaram em pauta a questão. Assim, o Mapa da Violência, o Índice de Vulnerabilidade Juvenil, o Mapa do Encarceramento, os estudos financiados pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, citados a seguir, enfocaram a análise dos atributos raciais de vítimas de violência, de indivíduos encarcerados e de operadores da segurança pública. Em período recente, os dados apontam a discrepância da experiência com a violência entre brancos e negros, com aprofundamento da desigualdade racial expresso pelos indicadores sociais da violência. (SINHORETTO E MORAIS, 2017)

Esses atos ligados ao racismo, infelizmente, não são únicos das polícias – representantes, nesse momento, do Poder Executivo. Outros poderes do Estado também promovem o racismo institucional, como veremos no próximo tópico.

2 RACISMO INSTITUCIONAL NO PODER JUDICIÁRIO: FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

Araújo (2019) nos traz a necessidade de repensar o papel dos agentes políticos de todos os poderes, uma vez que ainda existem elementos muito persistentes de desigualdades sociais no Brasil e que é necessário garantir, a todos, a efetividade da cidadania, de viés constitucional:

A persistência da discriminação racial como elemento determinante das pirâmides que desvelam as desigualdades raciais no Brasil impõe um repensar sobre o papel dos agentes políticos nos Três Poderes, incumbidos que são de garantir as condições de efetividade da cidadania nos moldes dados pela Constituição. Esse é imperativo da Carta.

Nesse sentido, cabe a reflexão a respeito do que seria racismo institucional e quais seriam as suas formas de manifestação. Para isso, o presente tópico abordará de maneira conceitual o problema do racismo institucionalizado e trará o relato do caso da advogada Valéria Santos, que foi tratada com truculência durante a audiência apenas por querer ver seu direito enquanto advogada – o de exercer com plenitude a defesa de seu cliente – exercido.

O racismo institucional, segundo Pires e Lyrio (), pode ser definido como uma série de discriminações raciais, que é inserido no dia a dia das pessoas, assegurando, dessa maneira, a inferiorização dos negros, sem necessidade de justificativas científicas ou teorização:

O racismo institucional aparece como um sistema generalizado de discriminações inscritas nos mecanismos rotineiros, assegurando a dominação e a inferiorização dos negros sem que haja necessidade de teorizá-la ou justificá-la pela ciência, além de constituir entrave claro à realização plena do acesso à justiça por parte da população afro-brasileira.

Estes comportamentos, portanto, podem se manifestar inclusive dentro da audiência, tal como o ocorrido com a advogada carioca Valéria Santos, que foi detida de maneira ilegal, apenas por exigir que seus direitos enquanto advogada fossem cumpridos.

Durante a leitura do relato do ocorrido, trazido por Zanardo (2018), é possível perceber que em nenhum momento foi exigido, por parte da advogada, nada além dos seus direitos, que seria justamente a de ver a resolução do conflito pelo juiz, que tem dever legal de análise da contestação durante o decorrer do processo, uma vez que é assegurado constitucionalmente o direito ao contraditório e a ampla defesa:

A advogada, doutora Valéria Santos, negra, carioca, neste dia (10), foi detida e posta algemada no exercício de sua profissão durante uma audiência no 3º Juizado Especial Criminal em Duque de Caxias, no Rio de Janeiro. A defensora aparece em vídeo divulgado em rede social requerendo à juíza leiga, durante audiência criminal, para que tivesse sua demanda apreciada em defesa da ré, sua cliente. Entretanto, a juíza teria dado por encerrada a audiência, sem analisar o pedido da advogada e em seguida ordenou que ela se ausentasse da sala. Valéria teria dito que não deixaria a sala de audiência sem a presença de um representante da OAB, visto que a audiência foi encerrada sem que apreciado e consignado o seu pedido: *“Eu estou indignada de vocês como representante de Estado atropelarem a lei. Eu tenho o direito de ler a contestação e impugnar os pontos da contestação do réu. Isto está na lei, eu não estou falando nada absurdo aqui.”*

Enquanto a advogada exercia seu direito de defender a ré que estava sentada ao seu lado e em frente da juíza, foi requerido aos policiais que faziam a segurança da repartição pública que retirassem a advogada da sala de audiência: *“A única coisa que eu vou confirmar*

aqui é se a senhora vai ter que sair ou não. Se a senhora tiver que sair, a senhora vai sair!” rebate o policial não identificado.

A advogada, subjugada pelos presentes, faz a sua defesa neste momento direcionando sua fala diretamente para o policial que alterava a sua voz dizendo que iria prendê-la. Ainda requereu a presença de um membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB, para que a representasse a fim de fazer valer os seus direitos enquanto patrona da ré alí presente. *“Eu não vou sair, não, eu tenho que esperar o delegado da OAB, porque eu quero fazer cumprir o meu direito. Eu não vou sair eu estou no meu direito, eu estou trabalhando. Eu não estou roubando, não estou fazendo nada não. Estou trabalhando!”*, insiste a defensora.

Alguns advogados presentes, mesmo presenciando a cena absurda não fizeram a defesa da colega. Reclamavam, entretanto, que a advogada terminasse a atuação brevemente, para que eles pudessem fazer as suas audiências e pudessem terminar logo seus trabalhos.

A ativa advogada neste momento se dirige aos advogados presentes e reclama solidariedade: *“Eles estão preocupados com audiência e (permitem) atropelar a lei, que país é esse? Depois querem reclamar de político que rouba, que faz tudo errado. Se vocês são advogados e não estão respeitando a lei.”*

Neste momento, outros advogados presentes na sala de audiência diminuem o ocorrido dizendo que ela não estaria fazendo a defesa dela corretamente e a acusaram de estarem sendo desrespeitados, por estarem perdendo tempo com o episódio.

“A senhora não está respeitando a gente” afirma uma das advogadas que esperavam para a próxima audiência. Outro afirmou: “a senhora pode pleitear o seu direito da forma adequada”.

Instantes depois, em segundo vídeo é possível ver a advogada sendo presa, algemada com a mão nas costas e arrastada no chão da sala de audiência.

A advogada agredida, ainda no chão, grita insistentemente em sua defesa que está trabalhando e sinaliza indiretamente o racismo que estaria ocorrendo naquele flagrante violação de prerrogativa e abuso de autoridade: *“É meu direito enquanto negra, como mulher, de trabalhar. Eu estou trabalhando. Eu quero trabalhar.”*

De acordo com o Presidente da Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil, Luciano Bandeira, foi enviado um representante da que acompanhou o caso e conseguiu ao menos que fosse retirada as algemas postas ilegalmente em Valéria.

“Nada justifica o tratamento dado à colega, que denota somente a crescente criminalização de nossa classe. Iremos atrás de todos os que perpetraram esse flagrante abuso de autoridade.” defendeu o Presidente da Comissão.

Como vimos a partir da definição trazida por Pires e Lyrio (), estas situações racistas estão muito entranhadas em nossa sociedade, ainda que existam leis que combatem, em tese, a prática de atos racistas.

A partir desta definição, passamos então a breves considerações a respeito da lei n. 7716.

Ao efetuar a leitura dos artigos da lei supracitada, verifica-se que o legislador preocupa-se em muito em três aspectos: no racismo como óbice ao acesso a empregos; o racismo como óbice a relacionamentos amorosos, que resultariam, portanto, em casamentos; coibir a prática de divulgação do nazismo, por meio de distribuição de emblemas ou distintivos desta ideologia.

Nesse sentido, podemos chegar a duas principais conclusões: a primeira é que o legislador se preocupa, principalmente, com a repressão de atos considerados racistas, exteriorizados por seus agentes; a segunda é que não há qualquer menção ao racismo institucionalizado e seus impactos diretamente no Poder Judiciário.

Assim, depreendemos que apenas a norma penal incriminadora não será suficiente para a resolução desta problemática. Pires e Lyrio () entendem que uma maneira de combater a estas práticas discriminatórias poderia ser a introdução de novos sujeitos no poder judiciário, através de uma reforma na estrutura humana deste:

Para que haja um processo de mudança nessas relações institucionais, é necessário que a esfera pública seja ocupada por novos sujeitos, que o processo de produção do conhecimento abrigue novas epistemologias, o que somente será possível a partir de um trabalho concreto de expansão de políticas públicas antirracistas para o interior do Poder Judiciário, para a sua estrutura humana.

Feitas estas considerações, passaremos ao último tópico, onde se pretende falar a respeito de maneiras que o direito brasileiro reprime estas práticas racistas no país.

3 O DIREITO BRASILEIRO E A REPRESSÃO CADA VEZ MAIOR A PRÁTICAS RACISTAS NO PAÍS

Os flagrantes de atitudes racistas no país têm gerado cada vez mais comoção nacional, fazendo com que os crimes sejam, portanto, punidos com mais rigor.

O recente caso do assassinato de João Alberto Silveira Freitas por seguranças de um supermercado no Rio Grande do Sul, reacendeu o debate a respeito da necessidade de repressão estatal para cumprir, de fato, com o objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, disposta no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Também constitui objetivo fundamental da república “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, dispostos também no artigo 3º, inciso IV.

Nesse sentido, é importante ressaltar a existência de vários tipos penais incriminadores, principalmente dispostos na lei n. 7716, de maneira que também se configura o repúdio ao racismo, disposto no art. 4º da Constituição Federal de 1988.

Conforme vimos no decorrer do trabalho, as leis nem sempre conseguem se manifestar e cumprir o seu papel enquanto função precípua disposta dentro da própria lei, como é o caso da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, é necessário que o Estado continue com a prática cada vez mais incisiva do combate ao racismo, de maneira que estes atos sejam punidos rigorosamente, conforme a necessidade do caso e sempre pensando que a pena exemplar para este tipo de crime pode ser também uma maneira de prevenção a estas discriminações, de maneira que possíveis agressores, vendo as consequências possíveis para atos parecidos com os seus, deixam de praticar atos considerados por lei como racistas ou preconceituosos.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, foi possível verificar que as práticas racistas estão entranhadas a nossa cultura, de maneira que se manifestam nos mais variados setores de nossa vida.

Assim, a partir da leitura do relato de caso da advogada Valéria Santos, ocorrido no Rio de Janeiro, podemos verificar que o racismo institucionalizado também está presente dentro do Poder Judiciário, e que nem mesmo os profissionais advogados estão livres destas práticas quando durante o exercício de suas funções dentro de um processo, por exemplo.

A partir deste caso, uma das reflexões que ficam durante a escrita do presente trabalho foi: será que os critérios de julgamento de crimes por jovens negros e periféricos – geralmente tidos como estereótipos de bandidos – são os mesmos para jovens brancos? Será que o percentual de jovens negros presos é muito maior proporcionalmente aos jovens brancos? Se sim, a que se deve esta realidade?

Concluindo, o presente trabalho espera ter sido fonte de contribuição e de reflexão ao leitor, de maneira que deixa aberta a sugestão de novos trabalhos, de natureza de pesquisa quantitativa, para verificar estatisticamente e por meio de dados, os impactos do racismo institucionalizado e o racismo claramente exposto no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, V L S. **Racismo no sistema de justiça.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2019/11/22/internas_opiniao,808289/racismo-sistema-de-justica.shtml

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

BRASIL. **DECRETO-LEI No 2.848**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Lei n. 7716**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm

BUENO, M R; OLIVEIRA, B F; MARQUES, K L; ALVES, M M; AQUINO, L C A. **Racismo no poder judiciário brasileiro e o acesso à justiça**. XVIII Encontro Latino-Americano de Iniciação Científica, XIV Encontro Latino-Americano de Pós Graduação e IV Encontro de Iniciação à Docência – Universidade do Vale do Paraíba, 2014.

CUNHA, R S. **Injúria qualificada por preconceito. Racismo. Prescritibilidade**.. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/11/28/injuria-qualificada-por-preconceito-racismo-prescritibilidade/>

LÓPEZ, L C. **O conceito de racismo institucional: aplicações no campo da saúde**. Interface - Comunic., Saude, Educ., v.16, n.40, p.121-34, jan./mar. 2012.

LYRIO, C; PIRES, T. **Racismo institucional e Poder Judiciário: O impacto da atuação jurisprudencial do TJRJ na manutenção das desigualdades sociais**. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21183/21183.PDF>

NUNES, S S. **Racismo Contra Negros: sutileza e persistência**. PSICOLOGIA POLÍTICA. VOL. 14. Nº 29. PP. 101-121. JAN. – ABR. 2014

PIRES, T R O; LYRIO, C. **Racismo Institucional e acesso à justiça: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4105232/mod_resource/content/1/Thula%20Pires%20e%20Caroline%20Lyrio%20-%20Racismo%20institucional%20e%20acesso%20a%20justic%CC%A7a

RBS TV e G1 RS. **Cliente de supermercado relata que seguranças ficaram “desorientados” ao perceber que João Alberto não respirava**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/11/23/cliente-de-supermercado-relata-que-seguranças-ficaram-desorientados-ao-perceber-que-joao-alberto-nao-respirava.ghtml>

ROCHA, R. **Série assistente social no combate ao preconceito**. Brasília (DF), 2016

SINHORETTO, J; MORAIS, D S. **Violência e racismo: novas faces de uma afinidade reiterada**. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n64/0123-885X-res-64-00027.pdf>

VENTURA, D C. **Calúnia, difamação e injúria**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8387/Calunia-difamacao-e-injuria>

ZANARDO, A. **Advogada negra é detida, algemada e arrastada durante audiência em Duque de Caxias**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/09/10/advogada-negra-e-detida-almemada-e-arrastada-durante-audiencia-em-duque-de-caxias>

INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: DA CARACTERIZAÇÃO AOS IMPACTOS OCUPACIONAIS E FINANCEIROS

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN:

Ensino Superior Completo em Direito. Especialização em Direito Penal e Processo Penal com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior; mestrando em Ciências Ambientais

NIVIA DIOGO GOMES⁵

(coautora)

RESUMO: Este trabalho tem como finalidade apresentar dois adicionais distintos previstos na CLT, denominados insalubridade e periculosidade, intentando delimitar sua percepção em situações de exposição a fatores de risco ou execução de atividades que configurem trabalho insalubre ou perigoso; e, ainda, apontar possíveis impactos no ambiente ocupacional no que tange a saúde e segurança do trabalhador, e também no ambiente empresarial, tratando-se dos adicionais incorridos na folha de pagamento, da incidência na alíquota do RAT em caso de concessão do benefício previdenciário a trabalhadores expostos a agentes nocivos, dentre outros indicadores que influenciam no âmbito financeiro da empresa, em observância de preceitos legais e regulamentares que regem este segmento. Para tanto, contar-se-á com informações e aplicações concretas e tempestivas, atribuindo veracidade ao estudo. Assume, em sua metodologia, natureza qualitativa e de cunho descritivo, utilizando como instrumento de coleta de dados a pesquisa bibliográfica em fontes secundárias, instrumento este plausível e de grande valia. Com o intuito de comprovar as informações aqui compreendidas, valer-se-á de referenciais teóricos, possibilitando sustentação de ideias em outras fontes válidas no contexto atual, e, por fim, seguir-se-á com considerações sobre o estudo exposto e discussão da possibilidade de neutralização dos adicionais, suscitando medidas de melhoria e benefícios na esfera ocupacional e financeira.

Palavras-Chave: Insalubridade. Periculosidade. Adicional. Riscos. Impactos.

ABSTRACT: *This research papers aims to present two distinct additions provided for in the CLT, known as unhealthy and dangerous, aiming to delimit their perception in situations of exposure to risk factors or execution of activities that constitute unhealthy or dangerous work; and, also, to point out possible impacts on the occupational environment with regard to the health and safety of the worker, and also on the business environment, in the case of additional expenses incurred on the payroll, the impact on the RAT rate in case of granting the social security benefit. to workers exposed to harmful agents, among other indicators that influence the financial scope of the company, in compliance with legal and regulatory precepts that govern this segment. For that, it will count on concrete and timely information and applications, attributing veracity to the study. It assumes, in its methodology, a qualitative and descriptive nature, using bibliographic research in secondary sources as a*

⁵ Ensino Superior completo - Gestão Empresarial e cursando Ciências Contábeis

data collection instrument, a plausible and highly valuable instrument. In order to verify the information included here, it will use theoretical references, enabling the support of ideas in other valid sources in the current context, and, finally, it will follow with considerations about the exposed study and discussion of possibility of neutralizing the additional ones, giving rise to improvement measures and benefits in the occupational and financial sphere, and also to associate the study with the world scenario currently experienced.

Keywords: Unhealthy. Dangerousness. Additional. Scratches. Impacts.

1 INTRODUÇÃO

Dentro do universo empresarial, existem diversos fatores que contribuem para o êxito de um empreendimento. Ante a um cenário de incertezas e ameaças, afetado mundialmente, um dos pontos notórios que destacou-se foi a importância da preservação da saúde e do bem estar dos colaboradores para o adequado desempenho das atividades e funcionamento da empresa.

É sabido que o ambiente de trabalho está diretamente ligado ao rendimento laboral do empregado, pois, além da possibilidade de causar extenuação física e nervosa nestes, pode provocar também queda neste rendimento e possíveis afastamentos por problemas de saúde.

De acordo com Ludke (2015), foi durante a revolução industrial, em meados do século XIX, que surgiu a preocupação com a saúde e segurança do trabalhador, após o grande número de mortos, mutilados e doentes decorrentes de acidentes do trabalho provenientes da relação do trabalhador com as máquinas, sendo o tema inserido, no Brasil, no ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, onde a saúde foi considerada como direito de todos e um dever do Estado.

Nesta linha de raciocínio, tão importante quanto a saúde dos empregados para o bom desenvolvimento da empresa, é a saúde financeira desta, sendo influenciada diretamente pela primeira.

Sabe-se que a redução de custos é o que todo empreendedor busca em seus negócios, o que não é sabido é que esta redução pode acontecer drasticamente reconhecendo-se os fatores que caracterizam os adicionais denominados insalubridade e periculosidade, e buscando medidas que fomentam diminuição de oneração da empresa, tanto dos adicionais como dos gastos gerados por influência destes, entre eles a incidência na alíquota do RAT em caso de concessão do benefício previdenciário a trabalhadores expostos a agentes nocivos e outros indicadores que interferem no âmbito financeiro da empresa, como o FAP.

É relevante ressaltar que, de primeiro momento, a caracterização de um trabalho insalubre não tem como objetivo o aumento na folha de pagamento, mas indicar que medidas devem ser tomadas para que a saúde do empregado não seja comprometida. Em caso de não neutralização deste fenômeno, haverá remuneração deste com o intuito de custear suas despesas futuras com a saúde.

Sob a perspectiva de riscos ocupacionais e financeiros, o que situa-se por trás destes adicionais? Trata-se somente da análise de laudo técnico e o lançamento na folha de

pagamento em 10, 20, 30 ou 40%, ou além disso há impactos para os envolvidos, empresa e empregado?

Diante do exposto, este trabalho tem como finalidade explicar cada um dos adicionais apresentados, delimitando suas reais funções e a influência que exercem sobre as partes empregado – empregador e, ainda, ressaltar medidas que podem ser tomadas diante de situações vividas hoje pelas empresas.

2 JUSTIFICATIVA

Tomando por base a falta de reconhecimento de muitas empresas ainda hoje sobre a atuação da Saúde e Segurança no Trabalho e sua importância no meio ocupacional e financeiro das empresas, o estudo busca evidenciar situações enfrentadas por estas, e como os adicionais fazem com que a empresa adquira custos elevados que poderiam ser reduzidos ou mesmo evitados com uma boa gestão.

3 OBJETIVO GERAL

Apresentar dois adicionais distintos previstos na CLT, denominados insalubridade e periculosidade, tentando delimitar sua percepção em situações de exposição a fatores de risco ou execução de atividades que configurem trabalho insalubre ou perigoso; e, ainda, apontar possíveis impactos no ambiente ocupacional no que tange a saúde e segurança do trabalhador, e também no ambiente empresarial, tratando-se dos adicionais incorridos na folha de pagamento e da incidência sobre a alíquota do RAT em caso de concessão do benefício previdenciário aos trabalhadores expostos a agentes nocivos, dentre outros indicadores que influenciam no âmbito financeiro da empresa, em observância de preceitos legais e regulamentares que regem este segmento.

3.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Apresentar os impactos que os adicionais de insalubridade e periculosidade tem sobre o empregado e o empregador, levando-se em consideração:

Para o empregado:

- Riscos no ambiente de trabalho
- Monitoramento da exposição a estes riscos;
- Medidas de controle do ambiente de trabalho, individual ou coletiva;
- A percepção devida do adicional;
- Grau do adicional

Para o empregador:

- Adicional na folha de pagamento;

- Influência no RAT e FAP

4 METODOLOGIA

Inicialmente, fez-se um levantamento de referenciais teóricos acerca do tema perscrutado, para que obter-se como alicerce ideias de diferentes fontes, a fim de legitimar as informações aqui contidas. A abordagem da pesquisa caracteriza-se de cunho qualitativo e de caráter descritivo.

“A pesquisa descritiva se preocupa em observar os fatos, registrá-los, analisá-los, classificá-los e interpretá-los sem a interferência do pesquisador.” (ANDRADE, 2002)

Segundo Denzin e Lincoln (2006), “a pesquisa qualitativa envolve uma abordagem interpretativa do mundo, o que significa que seus pesquisadores estudam as coisas em seus cenários naturais, tentando entender os fenômenos em termos dos significados que as pessoas a eles conferem.”

O universo da pesquisa apreende o atual cenário e contexto econômico nacional, afunilando-o, em sua amostra, para sua aplicação no meio empresarial, identificando práticas que as muitas empresas desconhecem, de melhores condições de trabalho e redução de oerações por conta do ambiente laboral ou atividades desenvolvidas.

No intuito de levantar informações pertinentes ao tema abordado, utilizou-se como instrumento de coleta de dados a pesquisa bibliográfica, manifestando intento de teorização.

Ao término da captação de dados, seguiu-se com apreciação e então explanação das informações obtidas e a identificação de sua influência sobre o cenário em estudo.

5 REFERENCIAL TEÓRICO

5.1 Da insalubridade

Trata-se de um adicional reconhecido pelo Ministério do Trabalho e previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), trazido em seu art. 189 pela seguinte definição:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Logo, uma situação insalubre é aquela que causa danos à saúde e ao bem-estar de quem se faz exposto a ela. Existem diversas condições que podem oferecer riscos em curto prazo ou em longo prazo à saúde do trabalhador. Dentre elas, são caracterizadas como insalubres aquelas dispostas pela NR-15, que são ocasionadas por três tipos de agentes:

- Agentes Físicos: Ruído, calor, frio e vibração que excedam os limites de tolerância, radiação ionizante, umidade, dentre outros.

- Agentes Químicos: emprego de determinados produtos químicos a base de óleo mineral, de hidrocarbonetos aromáticos, cloro, ácido clorídrico, formol, dentre outros.
- Agentes Biológicos: Contatos com pessoas ou animais portadores de doenças infecciosas ou infectocontagiosas, coleta de lixo urbano, resíduos de animais deteriorados, exumação de corpos, dentre outros.

A NR-15 dispõe de quatorze anexos que desdobram os agentes supracitados, determinando as atividades que configuram trabalho insalubre; cada tipo de risco é avaliado com parâmetros específicos, sendo classificados ainda por grau mínimo, médio e máximo, fomentando, respectivamente, a percepção do adicional de 10%, 20% e 40%, calculados sobre o salário mínimo vigente no país.

É importante ressaltar que, a classificação por grau mínimo, médio ou máximo não está relacionada ao grau de risco da empresa, e sim à determinação para cada agente nocivo dada pela NR-15.

No caso de caracterização de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.

É válido ressaltar que, o empregador deve sempre tentar excluir os agentes insalubres a que o trabalhador é exposto. Deste modo, é possível eliminá-los ou ainda, neutralizá-los com medidas preventivas e corretivas que podem ser tomadas pela empresa ou mesmo com a utilização dos equipamentos de proteção individual (EPIs).

A eliminação ou neutralização da insalubridade deverá ocorrer:

- a) com a adoção de medidas de ordem geral que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
- b) com a utilização de equipamento de proteção individual. (NR-15, item 15.4.1)

Assim, a eliminação ou neutralização da insalubridade determinará a cessação do pagamento do adicional respectivo, de acordo com o art. 194 da CLT.

Em consonância com a Súmula 289 do TST, “o simples fornecimento do equipamento de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”.

5.2 Da periculosidade

Diz-se de trabalho perigoso aquele que expõe o trabalhador ao risco iminente de morte durante a jornada de trabalho. De acordo com art. 193 da CLT:

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

[...]

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

Paralelamente, a NR-16 apresenta em seu conteúdo, seis anexos que abordam as condições supracitadas, consideradas perigosas, além de um anexo acrescentado pela Portaria nº 3.393, de 17-12-1987, a saber:

- (*) Atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas.

A exposição a estas condições laborais enseja a percepção do adicional de 30%, calculados sobre o salário contratual do trabalhador.

Desta forma, enquanto o adicional de insalubridade intenta compensar o trabalhador pelos danos causados à sua saúde pelo contato contínuo com os agentes agressores, o adicional de periculosidade destina-se à compensação pelo iminente risco de morte do trabalhador exposto ao agente perigoso.

Contudo, documentos legais existentes, especialmente o art. 191 da CLT, corroborado pela NR 15, evidenciam a intenção do legislador em priorizar e valorizar as ações preventivas adotadas pelo empregador que minimizem a exposição do trabalhador aos agentes insalubres.

Em conformidade com o parágrafo 2º do art. 193 da CLT e a NR-16, o entendimento da SDI-1 do TST é de que os aludidos adicionais não são cumulativos, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos, devendo ser optado pelo mais favorável ao trabalhador.

Todavia, em oposição a estas considerações, uma decisão unânime da 7ª Turma o Tribunal Superior do Trabalho (Processo RR-1072-72.2011.5.02.03840) foi apresentada pelo seguinte posicionamento:

[...] afastou a argumentação de que o artigo 193, parágrafo 2º, da CLT prevê a opção pelo adicional mais favorável ao trabalhador e negou provimento ao recurso da empresa, sob o entendimento de que normas constitucionais e supralegais, hierarquicamente superiores à

CLT, autorizam a cumulação dos adicionais, aduzindo, ademais, que a Constituição Federal (artigo 7º, inciso XXIII), garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva quanto à cumulação, não recepcionando aquele dispositivo da CLT.

Tanto a CLT como a Constituição são imbuídas de princípios, valores, proteções, direitos, e vedações que se direcionam ao interesse máximo de assegurar ao trabalhador seus direitos, bem como deveres. Todavia, a não conformidade entre ambas dá o entendimento de que, de acordo com Aquilino e Quintana (2016), as divergências deverão ser conhecidas, esclarecidas, apontadas em seus argumentos e fundamentos jurídicos e as interpretações que lhes têm sido aplicadas para que só assim sejam realizadas considerações racionais e imparciais.

Consoante a esta linha de raciocínio, ressalta-se que, em recente decisão publicada em 06 de março de 2020, a SDI-1 do TST, no julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo – IRR nº 239-55.2011.5.02.0319, foi fixada a seguinte tese: “o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos”, unificando o entendimento acerca da impossibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Diferentemente do trabalho insalubre, que é caracterizado por exposição permanente, não ocasional nem intermitente ao agente nocivo, a periculosidade caracteriza-se somente pela exposição ao perigo, seja ela eventual, intermitente ou permanente, uma vez que a ocorrência de um acidente é imprevisível, podendo acontecer a qualquer momento.

5.3 Aposentadoria Especial

Dentre as espécies de aposentadoria existentes no âmbito Previdenciário, a aposentadoria especial enquadra-se como um benefício precoce concedido ao trabalhador que exerce atividade em ambiente de trabalho com exposição a agentes nocivos de maneira não ocasional nem intermitente, prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Assim, este benefício será concedido aos 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição à Previdência Social, desde que cumprida, por parte do trabalhador, as exigências legais estabelecidas. No entanto, tendo em vista esta considerável redução no seu tempo de concessão, os empregadores que expõe seus empregados a atividades de risco que ensejam a aposentadoria especial, ficam submetidos a auxiliar no financiamento deste benefício, objetivando reduzir o rombo no sistema previdenciário

É sabido que, o fato de a execução de uma atividade nociva ensejar um adicional não significa que ela se enquadrará como especial. Todas as atividades consideradas especiais estão previstas no Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, que determina quais são os agentes nocivos e seus respectivos tempos de exposição para concessão da aposentadoria especial.

A comprovação da caracterização de trabalho especial dar-se-á por formulário denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), preenchido com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT) expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, somente a partir de 29 de abril de 1995, conforme Instrução Normativa 84/02, art. 153. Até 28 de abril de 1995, o enquadramento especial dava-se pela categoria profissional e exposição a agentes nocivos, em determinadas funções consideradas insalubres, perigosas ou penosas. Todavia, após este período, a categoria profissional foi desenquadrada deste benefício, tornando-se necessário comprovar a efetiva exposição a agentes nocivos à saúde; deste modo, a execução de atividades perigosas hoje, assim como a categoria profissional, não são consideradas especiais.

É relevante ressaltar que, na legislação vigente atualmente, somente são caracterizadas atividades especiais determinadas atividades insalubres, excluindo o trabalho perigoso deste enquadramento, uma vez que não estão previstos no Anexo do Regulamento supracitado.

Ao ser evidenciado o direito a este benefício, é infactível evadi-lo, pois, de acordo com o TRF, “se os elementos técnicos contidos nos autos demonstram a natureza especial da atividade, não guardam relevância a informação da atividade na GFIP ou a ausência de recolhimento da contribuição adicional por parte da empresa empregadora.”

É relevante ressaltar ainda a tese aprovada pelo Plenário que dita a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial em caso de o beneficiário permanecer laborando em atividade especial ou a ela retornar, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não, prevalecendo o entendimento de que a manutenção da aposentadoria especial nessa situação subverte a sua lógica protetiva.

Indubitavelmente, tanto os adicionais como a aposentadoria especial não devem ser considerados como bônus, pois, de acordo com Daré (2019), não foi intenção do legislador, ao elaborar o texto de Lei, perpetuar o pagamento do adicional de insalubridade ou o benefício da aposentadoria especial. Se este fosse o caso, estaria o legislador incentivando o descaso e desestimulando a adoção de medidas preventivas, que elevam os padrões mínimos de segurança nos ambientes de trabalho.

5.4 RAT

O RAT é a sigla para Risco Ambiental do Trabalho, antes denominado SAT (Seguro Acidente do Trabalho). Trata-se de uma contribuição que tem por objetivo financiar os benefícios previdenciários, cuja alíquota pode variar de 1 a 3%, conforme o risco ambiental do trabalho – leve, médio ou grande.

De acordo com o art. 22 da Lei nº 8.212/91, a contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas

ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

Deste modo, tem-se o RAT como um percentual diretamente ligado ao grau de risco da empresa, estabelecido pelo CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas). Quanto maior o grau existente no ambiente de trabalho, maior será a porcentagem aplicada à empresa, já que assim, o risco da ocorrência de acidentes será maior. As alíquotas deste recolhimento previdenciário são aplicadas sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados.

Doutro modo, nas empresas em que o empregado faz jus à aposentadoria especial, há além deste percentual, uma contribuição adicional, onde é acrescido determinada porcentagem sobre a alíquota já devida pela empresa.

De acordo como art. 57 da Lei nº 8.213/91:

A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

[...] § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

Assim, o percentual a ser acrescido será determinado de acordo com o período de concessão da aposentadoria especial. Portanto, se uma empresa de grau de risco grave, possui empregados que exercem atividades que ensejam a concessão de aposentadoria especial após 25 anos de contribuição, aos 3% já devidos pelo grau de risco serão adicionados ainda 6% para o financiamento deste benefício, totalizando 9 pontos percentuais.

É cabível apontar que, a criação do adicional de insalubridade do Ministério do Trabalho e a arrecadação do RAT, deram-se como forma de penalização do empregador pelo descaso às ações preventivas.

Destarte, o valor do RAT ainda pode ser elevado em 100% ou reduzido em 50%, dependendo o número de acidentes e doenças ocupacionais em determinado período, sendo determinado pelo FAT.

5.5 FAP

FAP é a sigla do Fator Acidentário de Prevenção. É responsável por aferir o desempenho da empresa, de acordo o seu CNAE, considerando os acidentes de trabalho ocorridos num determinado período. O FAP consiste em um índice multiplicador entre 0,5000 a 2,0000, aplicado com quatro casas decimais sobre a alíquota RAT, podendo diminuir ou dobrar o valor da contribuição previdenciária atribuída como um encargo às empresas.

Considera-se um histórico de dois anos para a partir de então entrar em ação o FAP. Após a aplicação deste índice sobre a alíquota do RAT, obtém-se o denominado RAT ajustado.

Assim, a fórmula do RAT ajustado é a seguinte:

$$\text{RAT ajustado} = \text{RAT} \times \text{FAP}$$

De acordo com o Ministério da Economia:

O Fator Acidentário de Prevenção - FAP fundamenta-se no disposto na Lei Nº 10.666/2003. O FAP é um importante instrumento das políticas públicas relativas à saúde e segurança no trabalho e permite a flexibilização da tributação coletiva dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) - redução ou majoração das alíquotas RAT segundo o desempenho de cada empresa no interior da respectiva SubClasse da CNAE.

O órgão supradito ainda segue afirmando que o FAP anual reflete a aferição da acidentalidade nas empresas relativa aos dois anos imediatamente anteriores ao processamento. Assim, o FAP 2020 tem como período-base de cálculo janeiro/2018 a dezembro/2019), sendo o período de vigência do FAP anual o ano imediatamente posterior ao ano de processamento. Neste caso, o FAP 2020 terá vigência de janeiro a dezembro de 2021).

Em conformidade com o art. 202-A do Regulamento da Previdência Social:

§ 2º Para fins da redução ou da majoração a que se refere o caput, o desempenho da empresa, individualizada pelo seu CNPJ será discriminado em relação à sua atividade econômica, a partir da criação de índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis.

Assim, para determinação do índice a ser aplicado para cada empresa levar-se-á em consideração os índices de frequência, gravidade e custo, que serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Todavia, a fim de estimular investimentos destinados a diminuir os riscos ambientais no trabalho, o Ministério da Previdência e Assistência Social poderá alterar o enquadramento de empresa que demonstre a melhoria das condições do trabalho, com redução dos agravos à saúde do trabalhador, obtida através de investimentos em prevenção e em sistemas gerenciais de risco, de acordo com o art. 203 do Regulamento anteriormente citado.

Serão considerados no cálculo do FAP, os benefícios acidentários e os óbitos, sendo estes registrados por meio da emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) na ocorrência de cada acidente. No entanto, não serão contabilizados os acidentes que gerem incapacidade inferior a 16 dias, já que a previdência somente será incumbida do pagamento de benefício a partir do 16º dia da data do afastamento da atividade, sendo antes deste período responsabilidade da empresa arcar com o pagamento destes dias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente, é imprescindível entender o real objetivo da percepção dos adicionais e benefício em questão. A insalubridade objetiva remunerar o empregado pelo desgaste à saúde que futuramente poderá ser ocasionado. Desta forma, é tido como um valor destinado ao custeio de possíveis gastos com medicamentos, exames e consultas médicas necessárias em decorrência desta exposição durante o período laborado. Já a periculosidade, intenta remuneração por ciência do perigo da exposição do empregado na atividade executada, colocando em risco a sua própria vida.

Em consonância a isto, é fundamental reiterar a explanação de Daré (2019), que dita que tanto os adicionais como a aposentadoria especial não devem ser considerados como bônus, não tendo o objetivo de perpetuar o pagamento destes, já que, se assim fosse, seria incentivo para o descaso e desestímulo à adoção de medidas preventivas, que elevam os padrões mínimos de segurança nos ambientes de trabalho.

Já a aposentadoria especial é tida como técnica legislativa diferenciada de proteção à saúde do segurado. Todavia, o benefício não exige efetiva afetação da capacidade laborativa, bastando a sua exposição e, por isso, não pode ser tomado como reparação financeira por conta das condições especiais do ambiente de trabalho.

Quanto as responsabilidades do empregador, o principal objetivo do financiamento da aposentadoria especial decorre da necessidade de manter o equilíbrio financeiro no Sistema Previdenciário do país. Portanto, as empresas que expõem seus colaboradores aos agentes prejudiciais à saúde, devem cooperar no financiamento deste benefício previdenciário, haja vista que tornam-se os principais responsáveis pelo comprometimento da capacidade laboral dos empregados sujeitos a este benefício.

Em especial à periculosidade, algumas medidas podem ser tomadas para a descaracterização de trabalho perigoso, como a substituição de utilização de motocicleta por outros meios de transporte, por exemplo. Todavia, a exposição a agentes perigosos, em alguns casos, não apresenta possibilidade de modificação, já que são inerentes à função, como no caso do contato com eletricidade para um eletricitista ou para um frentista na exposição aos inflamáveis.

Todavia, no que tange a insalubridade, é possível ser neutralizada ou descaracterizada com a efetiva utilização de EPI's ou mudança no ambiente de trabalho que tornem o trabalho salubre. Para tanto, é imprescindível que a empresa, ao invés de despender valores no pagamento deste adicional, invista em ações de saúde e segurança do trabalho, alcançando um ambiente de qualidade para o exercício das atividades e preservando a saúde de seus empregados, sendo que este investimento nitidamente mostra-se mais viável; é certo que, o pagamento do adicional é mensal, enquanto um investimento em melhorias ou aquisição de EPI's dá-se de maneira esporádica.

Após o estudo em questão, verificou-se que o pagamento da insalubridade, além do adicional na folha de pagamento, gera ainda encargos adicionais a serem assumidos pela empresa. Se caracterizado o direito a aposentadoria especial por parte do empregado, haverá acréscimo na alíquota RAT da empresa; conseqüentemente, um ambiente com condições insalubres de trabalho, estão propensos a um maior índice de acidentes de trabalho, o que implica diretamente na aplicação do índice FAP.

A partir desta apreciação, surge a necessidade de reavaliar o referido adicional, tendo em vista que o enquadramento da empresa poderá ser alterado ao demonstrar a melhoria das condições do trabalho, com redução dos agravos à saúde do trabalhador.

Assim, torna-se inquestionável a atuação da empresa junto à segurança do trabalho, sendo realizado um estudo minucioso sobre a prevenção de exposição aos agentes prejudiciais à saúde do trabalhador, buscando evidenciar se há ou não a possibilidade da descaracterização do pagamento do adicional, e conseqüentemente do adicional do RAT destinado ao financiamento de benefício Previdenciário, e, além disso, buscar a prevenção à saúde e a vida dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. **Como preparar trabalhos para cursos de pós graduação: noções práticas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 24 maio. 2020.

BRASIL. Lei 8.212 de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm#art22ii > Acesso em: 29 de jul. 2020

BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 29 jul. 2020

DARÉ, Eder Lindolfo da Rosa. **Desoneração da Folha de Pagamento dos Índices GILRAT, FAP, Adicional de Insalubridade e da Aposentadoria Especial.** 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72394/desoneracao-da-folha-de-pagamento-dos-indices-gilrat-fap-adicional-de-insalubridade-e-da-aposentadoria-especial-e-criterios-esocial>> Acesso em: 31 jul.2020

DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens.** 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 15-41.

LUDKE, Raquel. Aspectos Jurídicos do Artigo 193 da CLT e Adicional de Periculosidade. 2015. Disponível em: <<https://rludke.jusbrasil.com.br/artigos/177890247/aspectos-juridicos-do-artigo-193-da-clt-e-adicional-de-periculosidade>> Acesso em: 02 abr. 2020.

MARCONDES, José Sergio. **Segurança do trabalho: o que é, importância, atividades, como funciona.** 2018. Disponível em: <<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/seguranca-do-trabalho-conceito/>> Acesso em: 02 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **FAP.** Disponível em: <<https://www2.dataprev.gov.br/FapWeb/faces/pages/principal.xhtml>> Acesso em: 02 ago. 2020

QUINTANA, Elizângela Gomes; AQUILINO, Leonardo Navarro. **As Novas Perspectivas dos Adicionais de Insalubridade e Periculosidade.** 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100006/2016_quintana_elizange_la_novas_perspectivas.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 02 ago. 2020.

A PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR

CARLA DAIANA MEDEIROS LEAL:
Graduando(a) do Curso de Direito do
Centro Universitário FAMETRO.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: A temática do estudo aborda o crime de violência contra a mulher no âmbito familiar, tendo em vista, que este crime tem profundas raízes na história da humanidade, pois sabe-se que o sexo masculino era considerado um ser superior ao sexo feminino, logo era esperado que a mulher fosse um ser submisso que devia obediência a família o esposo, e seu futuro era ser uma dona de casa prendada, e assim essas heranças arcaica herdadas da própria cultura permanece no machismo enraizado na sociedade em plena contemporaneidade, que se manifesta na forma de como alguns homens empõem a força, e o abuso de poder em relação a mulher, achando que ela lhes pertence como se a mesma force um objeto para satisfazer seus caprichos e vontades. Objetivo geral: Analisar sobre a os crimes praticado contra as mulheres no âmbito familiar: as causas e consequências deste ato para a sociedade. Objetivos específicos: Levantar os principais tipos de violência doméstica; identificar os fatores que impedem as mulheres de denunciarem os parceiros agressores; apontar quais são as penalidades aplicadas aos criminosos que praticam violência contra mulheres. O estudo abordou uma pesquisa de cunho documental, e bibliográfico através de leituras como: livros, artigos, revistas, sites entre outros acervos no âmbito do Direito Penal. Portanto, mediante a metodologia documental referenciada, foi elaborada uma abordagem explicativa e descritiva, deixando o trabalho coeso sobre o tema proposto. Sendo assim, partindo do princípio de que através da aplicação da Lei que acoberta o direito de proteção a mulher com relação a sua integridade dentro do âmbito familiar, pois o número crimes contra as mulheres vem crescendo muito no decorrer dos últimos anos, tendo em vista, que se fez necessário abordar sobre o assunto, sendo que o mesmo é de total relevância na esfera jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Crime; Mulher; Violência.

ABSTRACT: The theme of the study addresses the crime of violence against women in the family context, bearing in mind that this crime has deep roots in the history of humanity, as it is known that the male sex was considered to be a superior being to the female sex, so it was expected that the woman was a submissive being who owed her husband the family's obedience, and her future was to be a gifted housewife, and so these archaic inheritances inherited from the culture itself remain in the machismo rooted in society in full contemporaneity, which is manifested in the the way in which some men put strength, and the abuse of power in relation to women, thinking that she belongs to them as if she forces an object to satisfy her whims and wants. General objective: To analyze the crimes committed against women in the family: the causes and consequences of this act for society. Specific objectives: To survey the main types of domestic violence; identify the factors that prevent

women from denouncing their abusive partners; pointing out wanted are the penalties applied to criminals who practice violence against women. The study covered a documentary and bibliographic research through readings such as: books, articles, magazines, websites and other collections in the scope of Criminal Law. Therefore, using the referenced documentary methodology, an explanatory and descriptive approach was elaborated, leaving the work cohesive on the proposed theme. Thus, based on the principle that through the application of the Law that covers the right of protection to women in relation to their integrity within the family, as the number of crimes against women has grown a lot in recent years, in view of , that it became necessary to address on the subject, being that it is of total relevance in the legal sphere.

KEYWORDS: Crime; Woman; Violence.

Sumário: 1. Introdução – 2. Previsão De defesa na Constituição Federal de 1988: 2.1 Lei Maria da Penha; 3 A Violência contra a Mulher: 3.1 Tipos de Violência Sofrida pela Mulher; 4 A Estatística de Violência Contra a Mulher. 5. Considerações finais. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo tem como relevância no âmbito do Direito Penal, pois aborda sobre os crimes cometidos contra a mulher, e como a legislação pode amparar a mulher com relação ao ato criminal, sabe-se que não é um tema fácil de discorrer, tendo em vista que abordará vários seguimentos sociais, mas entende-se a necessidade de discutir sobre o assunto no seguimento jurídico.

O interesse pelo tema despertou bem no início da graduação, quando se começou a estudar sobre o Direito Criminal, percebendo com isso a violência contra a mulher pode se manifestar de várias formas e com diferentes graus de severidade chegando a caos extremos como o homicídio.

Sendo que no decorrer da pesquisa um questionamento foi gerado em decorrência da temática: Porque algumas mulheres que sofrem violência no âmbito familiar não denunciam seus parceiros?

Vale salientar que essa noção de dignidade como característica comum a todos os seres humanos é relativamente recente, sendo por isso difícil fundamentá-la diante de um reconhecimento coletivo frente à herança histórica deixada pelas civilizações anteriores, colocando-se como cerne, o saber se a dignidade de viver em sociedade é direito de todos os indivíduos independente de sexo.

A violência doméstica é caracterizada com maior incidência na esfera da agressão física contra as mulheres, pois quando ocorrer esse fator mais mulheres ficam mais expostas, pois na maioria das vezes ficam hematomas que as mesmas não conseguem esconder.

No que é visto nos últimos anos o Brasil tem dados passos significativos no que se refere ao fato da violência contra a mulher no âmbito familiar. Sabe-se que este assunto é bem delicado, pois aborda seguimentos, como: social, cultural, legal e religiosa.

Em uma sociedade machista que vivemos a grande maioria das mulheres que sofrem violência doméstica não tem coragem de denunciar seus parceiros, por inúmeros motivos, como: vergonha, dependência financeira, dependência psicológica, vínculos religiosos com a igreja, filhos menores de idade, entre outros fatores, sendo que esses fatores influenciam diretamente na decisão de uma mulher em fazer denúncias.

2 PREVISÃO DE DEFESA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

No que se retrata a família no Brasil, é evidente os motivos históricos embasam este fator social e constitucional, que são: “os direitos invioláveis do homem que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”, (BRASIL, 2008).

E assim, qualquer tipo de violência também exerce toda uma sorte de desrespeito à pessoa humana pautada historicamente sob o regime militar no País, obrigando os constituintes inclui-la a como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o disposto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Tendo em vista que a dignidade serve para todos os segmentos sociais (BRASIL, 2008).

A Constituição do Brasil compreende dois conceitos fundamentais que acobertam o indivíduo como ser social, que mostram os valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade, ou seja, que este fator submete os seres racionais a uma determinada legislação, de acordo que cada um deles jamais se trate a si mesmo, mas sempre e simultaneamente como fins de si.

Constituição Federal de 1988, (BRASIL, 2008):

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015):

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Tratando-se da família a história mostra que este núcleo não é um determinado objeto que deva ser tratado simplesmente como meio, mas sim como parte atuante da sociedade, com seus direitos e deveres assegurados legalmente.

Os conceitos correlacionados ao princípio da família é um atributo que faz parte da essência, do indivíduo, sendo dentro deste núcleo existem indivíduos únicos que são seres racionais que devem entender um valor interno, superior a qualquer preço, e que também não admite substituição equivalente.

O Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL, 2008):

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A violência dentro do núcleo familiar nunca pode e deve ser ignorada em nenhuma circunstância, independentemente do que seja: física ou psicológica ou sob qualquer outra forma, que envolvam crianças ou adultos, ou seja, trata-se de uma questão de saúde de outro indivíduo.

Essa violência a longo prazo, tem um o resultado traumático oriundo de um ambiente familiar violento, e isso torna-se evidente na prática clínica e social, onde verifica-se que as vítimas dessa violência tendem a repetir padrões ou, em muitas situações, a criar crenças disfuncionais na sociedade.

É de suma importância a dignidade humana para um bom desenvolvimento social, porque se constitui valores que são: valor supremo, valor da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Contudo não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural.

2.1 LEI MARIA DA PENHA

A Lei Nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, que foi intitulada como a Lei Maria da Penha, não foi um algo que pudesse parar as agressões contra as mulheres no Brasil.

A Lei 11.340/2006 (Maria da Penha):

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.

Em 1983 a então farmacêutica Maria da Penha, sofreu uma tentativa de homicídio por parte de seu marido que a deixou paraplégica, o agressor por sua vez não sofreu punição judicial, a vítima acionou Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), e em 1998, estes órgãos encaminharam o seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo que em 2002 o Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Só mediante a esta condenação o País foi obrigado a se comprometer em reformular suas leis e políticas em relação à violência doméstica, sendo que depois de 4 anos entrou em vigor a Lei 11.340/2006 – intitulada como: Maria da Penha.

Em vigor a Lei Maria da Penha computou entre 2006 e 2013, quase 1.000,00 casos em todo o território brasileiro, sendo que nestes anos pouco se falava da Lei que garantia o direito e a integridade física e psicológica das mulheres, e nem tão pouco existia delegacias e profissionais especializados na área.

A Lei 11.340/2006 (Maria da Penha):

Art. 2º: Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e

religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social;

Antes da Lei Maria da Penha diversas medidas para acabar com a violência contra a mulher no Brasil foram implantadas, mas sem nenhum sucesso, foi percebido que existia uma necessidade de amparar as mulheres legalmente, pois o aumento de homicídio contra mulher crescia diariamente.

Nos dias atuais apesar da sociedade já ter conhecimento da Lei, as mulheres que sofrem violência ainda convivem com medo, pois, na maioria das vezes, vivem com seus agressores sob o mesmo teto, o que dificulta a possibilidade de denúncia sem riscos. Pois mediante a este fato, percebe-se a realidade de milhares de brasileiras que sofrem caladas, e têm seus direitos feridos.

Desta forma, o Estado deve aparecer fazendo valer a premissa legal de que todo o homem e mulher tem seus direitos equipados, levando em conta a dignidade humana, pois é obrigação do Estado aderir a penas maiores ao descumprimento da Lei Maria da Penha, por meio de uma promulgação nacional.

A Lei 11.340/2006 (Maria da Penha):

Art. 3º: Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

E de cunho específico do poder público através de suas políticas preservar a integridade física e moral das mulheres, pois com o decorrer dos anos houveram inúmeras mudanças com relação ao agressor, essas mudanças ocorreram principalmente na esfera

jurídica com a Lei Maria da Penha, ser bem completa em relação aos artigos que retratam as penalidades aos infratores que praticam a violência contra a mulher no Brasil, ainda são poucas as mulheres que conseguem denunciar os agressores.

Portanto, os indicadores de violência mostram que uma boa parte das mesmas que sofrem violência doméstica não denunciam seus parceiros de forma alguma, e isso faz com que as mesmas não entrem nas estatísticas da violência nacional. Portanto, o problema da violência doméstica contra a mulher se apresenta como um dos pontos cruciais para a desestruturação da família, comprometendo todos os membros da mesma.

3 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher, mais especificamente a violência física, trazem consequências avassaladoras as vítimas sofrem este ato comprometendo o desenvolvimento social, emocional, físico, psicológico, acadêmico, profissional dessa mulher. Lembrando que as sequelas físicas são visíveis e mais fáceis de serem detectadas, como: lesões abdominais, oculares, fraturas de membros inferiores e superiores, afundamento de crânio, queimaduras, entre outras.

Admite-se que a real frequência dos abusos contra a mulher tenha permanecido constante, e a percepção de que eles ocorrem com maior frequência na sociedade contemporânea deve ser atribuída à atenção maior que hoje se dedica ao problema. Gonçalves (2003) sustenta que o crescimento do número de notificações deve-se ao aumento no reconhecimento da violência e não ao crescimento real da violência em família.

De acordo com que enfatiza NEDER, (2000, p. 42):

A ênfase nos aspectos históricos e culturais que tem marcado a organização das famílias no Brasil justifica-se por algumas constatações que devem ser reveladas, sobretudo em relação à família escrava, pois tem-se aí a chave para novos encaminhamentos de políticas futuras.

Tendo em vista, que violência é algo enraizada em nossa sociedade, desde as primeiras famílias, aqui constituídas, Freyre (2008) descreve que as primeiras famílias brasileiras que iam se formando tinham configurações diferentes de acordo com a região em que viviam, mas tendo, em comum, características como: o homem e pai, ser o senhor absoluto a quem todos deviam cega obediência, a submissão e a subordinação das mulheres, dos filhos, dos escravos e de quem mais convivesse com a família.

A violência contra a figura feminina dentro ou não do núcleo familiar nunca pode e deve ser ignorada em nenhuma circunstância, independentemente do que seja: física ou psicológica ou sob qualquer outra forma, que envolvam crianças ou adultos, ou seja, trata-se de uma questão de saúde de outro indivíduo.

Essa violência contra a mulher em longo prazo tem um o resultado traumático oriundo de um ambiente social violento, e isso se torna evidente na prática clínica e social, onde se

verifica que as vítimas dessa violência tendem a repetir padrões ou, em muitas situações, a criar crenças disfuncionais na sociedade.

É de suma importância a dignidade humana para um bom desenvolvimento social, porque se constitui valores que são: valor supremo, valor da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Contudo não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural.

3.1 TIPOS DE VIOLÊNCIA SOFRIDA PELA MULHER

A forma de violência contra mulher pode ser posta em prática de algumas maneiras, são elas: violência física, violência psicológica, violência sexual, a violência patrimonial e violência moral. Mudar o panorama da violência doméstica contra a mulher requer um empenho dos diversos segmentos da sociedade civil e de instituições que lutam para eliminar este tipo de crime.

Registre-se, pois, que a Constituição Federal de 1988 veda a criação de juízo ou tribunal de exceção, (BRASIL, 1988):

Art. 226º da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Propiciando um convívio social digno e a reestruturação familiar. Entender este universo de crimes dentro núcleo da família, e enfatizar qual a mulher apesar de sua fragilidade, torna-se necessário a efetivação e estruturação das instituições que protegem as mulheres vítimas destas agressões, (BORGIANI, 2012).

Porém, quando o indivíduo que comete algum tipo de violência contra a mulher e é preso em flagrante este infrator também é acobertado por Lei, levando em consideração sua integridade física e moral.

No entanto, é fundamental destacar que todo ato de agressão física é precedido de um histórico de violência psicológica que, por expressarem-se de maneira menos perceptível, acaba sendo facilmente identificada pelas mulheres, conforme relacionado abaixo:

Quadro 01: Tipos de violência.

Violência física:	
--------------------------	--

	<p>Pode ser entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade física ou a saúde corporal da mulher;</p>
Violência psicológica:	<p>Compreende-se como qualquer conduta que cause a mulher dano emocional; diminuição da autoestima; prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento; vise degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração ou limitação do direito de ir e vir ou ainda; qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;</p>
	<p>Fica caracterizada como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; que a impeça de usar qualquer método contraceptivo; que a force ao</p>

Violência sexual:	matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação ou ainda; que a limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
Violência patrimonial:	Se apresenta com qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição (parcial ou total) dos objetos da mulher, seus instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
Violência moral:	É entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

FONTE: (SEDH - SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

A partir dos tipos de violências acima citados entende-se que a dignidade é uma qualidade que foi conquistada pela mulher como indivíduo que possui direitos e deveres no decorrer dos séculos.

4 A ESTATÍSTICA DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Segundo as estatísticas da Secretaria de Segurança Nacional junto com o Ministério Público Nacional, ocorreu no ano de 2018, uma leve redução nos registros de violência doméstica no Brasil, levando em consideração os dados oficiais dos 26 Estados e do Distrito Federal.

No Amazonas nos anos de 2016/2017, e apontou que cerca de 40% das mortes de mulheres maiores de 11 anos que sofriam violência doméstica (registrada nas delegacias e juizados), ou seja, a cada 10 homicídios de mulheres, mas especificamente em Manaus, nesse período, quatro foram assassinadas, e em torno de 30% e 20% das vítimas de homicídio.

De acordo com o levantamento:

- O Brasil teve 4.254 homicídios dolosos de mulheres em 2018 (uma redução de 6,7% em relação ao ano anterior);
- Do total, 1.173 são homicídios (número maior que o registrado em 2017);
- Oito estados registram um aumento no número de homicídios de mulheres; 16 contabilizam mais vítimas de homicídios em 2018;
- Roraima é o que tem o maior índice de homicídios contra mulheres: 10 a cada 100 mil mulheres;
- Acre é o estado com a maior taxa de homicídios: 3,2 a cada 100 mil.

No dia 9 de março de 2015, a legislação brasileira começou a prevê penalidades mais graves para homicídios desde que esses casos envolvam: "violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher", levando em consideração que os casos mais comuns desses assassinatos ocorrem por motivos da não aceitação por parte do companheiro o fato da separação de corpos.

Doze estados não possuem dados de violência doméstica de 2015, ano em que a lei entrou em vigor. Oito não têm a estatística também para 2016. Os estados que ainda registram problemas nos dados de 2017 e 2018:

- Amazonas: a secretaria diz que os dados de mulheres de 2018 que sofreram violência doméstica baixou 0,98% se referem apenas a Manaus, "que concentra 90% dos casos". Os dados completos só devem ser divulgados em dois meses;
- Ceará: os dados de 2017 estão incompletos. A assessoria de análise estatística e criminal da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social diz que apenas no fim de 2017 foi implementada no Sistema de Informação Policial. A Comissão de Estudo do Perfil das Vítimas de CVLI, no entanto, fez um levantamento e identificou as mulheres vítimas de violência doméstica em 2017 em Fortaleza e na região metropolitana da capital;
- Mato Grosso: a secretaria afirma que não tem dados de violência doméstica para os anos de 2015, 2016 e 2017;
- Paraíba: os dados de violência doméstica de 2018 aumentou 0,69% e se referem apenas ao período de janeiro a setembro. Os dados do último trimestre ainda não foram divulgados;

- Rondônia: o governo não informa os dados de violência doméstica de 2017;
- Sergipe: o governo diz que só possui os dados de violência doméstica de 2017 da região metropolitana de Aracaju cresceu 5.18% (que engloba também os municípios de Nossa Senhora do Socorro, São Cristóvão e Barra dos Coqueiros);
- Tocantins: o governo diz que não tem dados de violência doméstica de 2017 especificados.

Quadro 02: Índices de Registros de violência contra mulheres no Brasil nos anos de 2017 a 2018:

Estado	Mulheres vítimas de violência em 2018	Mulheres vítimas de violência em 2017	Varição (em %)
Acre	35	35	0,0
Alagoas	63	107	-41,1
Amapá	13	23	-43,5
Amazonas	67	73	-8,2
Bahia	422	473	-10,8
Ceará	447	352	27,0
Distrito Federal	45	41	9,8
Espírito Santo	93	133	-30,1
Goiás	174	197	-11,7
Maranhão	98	108	-9,3
Mato Grosso	82	84	-2,4
Mato Grosso do Sul	88	85	3,5
Minas Gerais	331	323	2,5
Pará	311	282	10,3
Paraíba	77	74	4,1
Paraná	162	182	-11,0
Pernambuco	228	298	-23,5
Piauí	49	59	-16,9
Rio de Janeiro	345	382	-9,7
Rio Grande do Norte	101	149	-32,2
Rio Grande do Sul	317	297	6,7
Rondônia	54	71	-23,9
Roraima	28	15	86,7

Santa Catarina	95	111	-14,4
São Paulo	461	508	-9,3
Sergipe	37	64	-42,2
Tocantins	31	32	-3,1
BRASIL	4.254	4.558	-6,7

Fonte: SSN/ MPN – 2018.

CONCLUSÃO

A temática abordada tem como tema a violência contra mulher no âmbito familiar trazendo através das perspectivas visão de diversos autores sobre esta questão social inserida no Direito Penal. A violência contra a mulher no âmbito familiar constitui-se através da: ação ou conduta, gênero, morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, podendo ocorrer tanto no âmbito público como privado.

Segundo o Ministério da Saúde, a violência física contra a mulher pode ocorrer: por uso de socos, armas de fogo, queimaduras, chutes, tentativas de estrangulamento ou enforcamento, entre outras ações violentas.

Este artigo foi elaborado a partir da constatação da violência contra a mulher, desmembrados em seções que abordam sobre: o contexto histórico da mulher na sociedade, mostrando o papel da figura feminina até os dias atuais; depois mostrar sobre a violência contra a mulher; sendo abordado também sobre a legislação que ampara a mulher desde a Lei Maria da Penha até a legislação específica sobre a violência contra a mulher no âmbito familiar, foi apresentado também a metodologia de forma detalhada para a construção da pesquisa, e por fim foi feita a análise dos resultados abstraídos com a conclusão da temática escolhida para o estudo.

Contudo, o mundo acadêmico precisa estar atento as múltiplas manifestações da questão social inserido na sociedade, ou seja, através da pesquisa produzir novas fontes de saberes que possa contribuir para o meio social, e combater para que tais violências aqui apresentadas, façam parte de uma história pretérita de nossa sociedade.

REFERENCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito penal diferenciado**. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988/organização e índice por Geralda Magela Alves e Equipe. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____, Lei N° 11.340 de 7 de agosto de 2006, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAMARGO, Virginia. Realidade do Sistema Prisional no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299>, 2006.

Acesso em 03 de novembro de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 147.052. Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJE, Brasília, DF, 01 fev. 2010b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=937130&sReg=200901772431&sData=20100201&formato=PDF> . Acesso em: 22 agosto de 2020.

CARTILHA, **Plano nacional de saúde do sistema penitenciário**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

CASSOL VISITA PRESÍDIOS NA CAPITAL. Folha de Rondônia, Porto Velho. 11 de Out. 2008.

CASTRO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; SILVA, Roberto da. Processo Criminal. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - (CNPJ), Investiga Crise no Sistema Prisional. O Estadão, Porto Velho, 12 de Out. 2008, p. 9.

Código do processo Civil – CPC. www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 03 outubro de 2020.

CUNHA, Osmar Aarão Gonçalves de. CHRSTOFE, Nunes. Soluções Legais para Recuperação do Presidiário no Brasil: a Proposta e a Realidade , Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.1216, 30 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9101>>. Acesso em: 03 outubro de 2020.

ETHOS INSTITUTO. **Responsabilidade Social**. São Paulo. Disponível em www.ethos.org.br – acesso em 19 de agosto de 2020.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir - Nascimento da prisão**. Trad.: Raquel Ramallete. 24. ed.. Petrópolis: Vozes, 2001.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas e Técnicas para o Trabalho Científico** – 14 ed. Porto Alegre: s.n, 2006.

JORNAL Recomeço. Superlotação carcerária. Publicado no site www.hrw.org. Disponível em: <http://www.nossacasa.net/recomeco/0074.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

Lei de Execução Penal – LEP.
www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. 1984 <http://www.nossacasa.net/recomeco/0074.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

MARQUES, Dorli João Carlos. **Trabalhos acadêmicos, normas e fundamentos**. Manaus: **Faculdade Salesiana Dom Bosco**, Universidade Federal do Amazonas, 2006.

MACHADO, Paupério, **DIGNIDADE E DIREITO**. São Paulo: Atlas. 1994.

MOREIRA, David Alves. Sistema de Progressão de Penas. 1998. 114 p. Tese (Doutorado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica-PUC. São Paulo.

MACIENTE, Roberta Oliveira. **Direito Penal do Inimigo - Punição alternativa frente à evolução do crime**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1031>. Acesso em 28 de agosto de 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de Direito Processual Penal, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.p. 431.

REZENDE, Afonso Celso. **Sistema prisional**: Entrevista. Disponível em: http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=1416&2011. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

RIBEIRO, Jair Aparecido. **Liberdade e cumprimento de pena de presos no sistema carcerário paranaense**. 2009. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/liberdade-e-cumprimento-de-pena-de-presos-no-sistema-carcerario-paranaense-1518528.html>>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

RIO GRANDE DO SUL, **Ação Civil Pública** nº: 001/1.07.0283822-9. Juiz Prolator: Dra. Rosana Broglio Garbin. 7ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central. Julgamento em: 6 fev. 2009.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito: compatibilidade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 28 de março de 2017.

SENNA, Virdal. Sistema Penitenciário Brasileiro. fev. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/4242/1/Sistema-Prisional/pagina1.html>>. Acesso em: 13 de março de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 2000.

QUEIROZ Joana. Condições desumanas de presídio do AM são denunciadas a Corte internacional. Relatório sobre as condições desumanas dos presos da delegacia de Rio Preto da Eva irá para a Corte Interamericana, 13 de Julho de 2014. Disponível em: http://acritica.uol.com.br/noticias/Manaus-Amazonas-Amazonia-Condicoes-AM-denunciadas-Corte-internacional_0_1173482670.html. Acessado em 15 de outubro de 2020.

Theodoro Junior. **Razões à pena de morte**. Disponível em: <<http://wp.clicrbs.com.br/paulosantana/2010/06/02/razoes-a-pena-de-morte/?topo=77,1,1>>. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária. De Acordo com a Constituição de 1988**. 1998. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

MARIA ROSA DE CASTRO LIMA

KARINE MELO DOS REIS SOUSA⁶

(coautora)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL⁷

(orientador)

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo geral realizar um estudo na doutrina e legislação brasileira sobre a inconstitucionalidade do art. 492 do CPP, já que este prevê a execução provisória da pena no Tribunal Popular do Júri. São seus objetivos específicos: conhecer o que é execução provisória da pena em sede do tribunal popular do júri; investigar o que diz a doutrina sobre a constitucionalidade do artigo 492 do CPP; analisar se o art. 492 do CPP, ao prever a execução provisória da pena no tribunal do júri é inconstitucional por violar a presunção de inocência prevista na Constituição Federal de 1988. Para sua viabilização empregou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica com abordagem de natureza qualitativa. Nessa perspectiva, pretendeu responder ao seguinte questionamento: o que diz a doutrina sobre a inconstitucionalidade do art. 492 do CPP, uma vez que ele prevê a execução provisória da pena no tribunal popular do júri? Conclui que a doutrina majoritária entende que o art. 492 do CPP, alterado pela Lei 13.964/2019, é inconstitucional porque promove uma forma de execução da pena com início em pleno tribunal do júri nos casos específicos elencados na alínea “e”, inciso I, afrontando diretamente o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Sugere a provocação ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que sane a questão da inconstitucionalidade desse artigo, no que se refere à execução provisória da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade. Execução Provisória. Pena. Tribunal do Juri.

ABSTRACT: The present article had as its general objective to carry out a study on Brazilian doctrine and legislation on the unconstitutionality of art. 492 of the CPP, since it provides for the provisional execution of the sentence in the Popular Court of the Jury. Its specific objectives are: to know what is the provisional execution of the criminal case at the jury's

⁶ Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFISA. E-mail: kakakarine2009@hotmail.com

⁷ Prof. Me. Orientador de Trabalho de Conclusão do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFISA. E-mail: julianoleonel@hotmail.com

popular court; investigate what the doctrine says about the constitutionality of article 492 of the CPP; analyze whether art. 492 of the CPP, when providing for the provisional execution of the sentence in the jury court, is unconstitutional for violating the presumption of innocence provided for in the Federal Constitution of 1988. For its viability, bibliographic research with a qualitative approach was used as methodology. In this perspective, he intended to answer the following question: what does the doctrine say about the unconstitutionality of art. 492 of the CPP, since it provides for the provisional execution of the sentence in the jury's popular court? It concludes that the majority doctrine understands that art. 492 of the CPP, amended by Law 13,964 / 2019, is unconstitutional because it promotes a form of execution of the sentence starting in the jury's court in the specific cases listed in item "e", item I, directly confronting the principle of the presumption of innocence, provided for in art. 5, LVII, of the Federal Constitution of 1988. Suggests provoking the Federal Supreme Court (STF) to resolve the question of the unconstitutionality of this article, with regard to the provisional execution of the sentence.

KEYWORDS: Constitutionality. Provisional Execution. Feather. jury court

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 GARANTISMO NO PROCESSO PENAL. 3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/2019. 4.1 Alterações da Lei nº 13.964/2019 no Código de Processo Penal. 5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Em todas as sociedades humanas existem crimes, que devem ser considerados uma conduta humana positiva ou negativa que se adéqua a um modelo definido em lei, cuja natureza antijurídica é penalmente reprovável. Nesses termos, a culpabilidade é o juízo de reprovação direcionado ao agente por ter praticado um fato típico e antijurídico, quando podia compreender o caráter ilícito deste, e se motivar a agir conforme institui o direito.

Não há qualquer dúvida que o crime sempre foi combatido ao longo da história da humanidade e, para isso, foram impostas as penas aos criminosos. Desse modo, percebe-se que a pena é um instituto usado já há muito tempo, sendo uma consequência jurídica do crime cometido. Nos países cujo Direito Penal é positivado a pena é uma sanção grafada na lei e decorre da violação de norma penal, sendo dessa maneira que o Estado reage contra o violador da norma incriminadora.

Note-se que as transformações sociais, políticas, econômicas, tecnológicas, vivenciadas nas últimas décadas vem influenciado o sistema penal do Brasil, fazendo com que os legisladores busquem o substrato do dever ser para criar figuras típicas que forneçam controle social dos novos bens jurídicos, máxime os de caráter coletivo, como a ordem socioeconômica e o meio ambiente. Exemplo emblemático é a instituição da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que busca aperfeiçoar a legislação penal e processual do país.

Também conhecida como “Pacote Anticrime”, essa lei trouxe modificações significativas na compreensão de diversos institutos do Direito Penal, exigindo atenção na utilização e leitura dessas alterações na rotina jurídica dos casos em que se aplicam. Dentre as inúmeras mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019 aponta-se aquela promovida no artigo 492, I, alínea “e” do Código de Processo Penal (CPP), que tem causado no âmbito jurídico penal verdadeiro debate acerca da constitucionalidade da execução antecipada da pena em sentenças do Tribunal do Júri, uma vez que parece ferir o princípio da presunção da inocência, garantido na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII.

Tendo em vista essa observação, o presente estudo teve como objetivo geral realizar um estudo na doutrina e legislação brasileira sobre a inconstitucionalidade do art. 492 do CPP, já que este prevê a execução provisória da pena no Tribunal Popular do Júri. São seus objetivos específicos: conhecer o que é execução provisória da pena em sede do tribunal popular do júri; investigar o que diz a doutrina sobre a constitucionalidade do artigo 492 do CPP; analisar se o art. 492 do CPP, ao prever a execução provisória da pena no tribunal do júri é inconstitucional por violar a presunção de inocência prevista na Constituição Federal de 1988.

Para sua viabilização empregou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica com abordagem de natureza qualitativa. O estudo encontra-se ancorado em doutrinadores como: Campos (2010), Frozi e Pessi (2020), Lopes Junior (2020) e Procópio (2020) dentre outros de igual importância. Nessa perspectiva, pretende-se responder ao seguinte questionamento: o que diz a doutrina sobre a constitucionalidade do art. 492 do CPP, uma vez que ele prevê a execução provisória da pena no tribunal popular do júri?

2 GARANTISMO NO PROCESSO PENAL

O ser humano não consegue conviver sozinho, apartado de seus parentes, vizinhos e da sociedade em geral. Essa necessidade de viver em sociedade faz com que ele seja conhecido como um animal social. Essa característica de viver em sociedade tem trazido muitos avanços para a humanidade como um todo. No entanto, também é verdade que:

[..] o homem é um animal insatisfeito, insatisfeito precisamente em relação aos que convivem com ele, e isso arranca-lhe uma série de atitudes sociais, de conflitos sociais. Esses conflitos intersubjetivos de interesses devem ser regulados pelo Direito, sob pena de colocar em risco a própria manutenção da vida em sociedade. Tal conflito vem caracterizado como uma colisão de atividades entre os diversos membros da comunidade, ou seja, como uma incompatibilidade exteriorizada entre várias atitudes dinâmicas assumidas pelas partes que dão lugar ao conflito (LOPES JÚNIOR, 2012 p. 1).

Para solucionar esses conflitos foi instituído ao longo do tempo o sistema penal, que tem em sua configuração dois que são considerados os mais relevantes no decorrer da história do processo penal, são eles: o sistema inquisitório, e o sistema acusatório.

O primeiro tem sua origem na Antiguidade, solidificando-se na Idade Média, compelido pela expansão da Igreja Católica. Teve o seu ápice na Santa Inquisição (Santo Ofício), que tinha a função de investigar e punir hereges; o segundo teve sua origem na Grécia Antiga, época em que o povo tinha participação direta no processo penal. Esse último é considerado o pilar de todos os sistemas processuais penais democráticos (GOMES, 2016, p. 1).

Observe-se que para a execução do processo penal se faz necessária a existência do direito penal, o qual pode ser definido na atualidade como “[...] o conjunto de normas jurídicas que regula o poder de punir do Estado por meio da tipificação de crimes e da cominação de penas” (MORAES; CAPOBIANCO, 2010, p. 21).

Esse instituto foi erigido como instrumento da paz social, ocorre que o Direito Penal “[...] é despido de coerção direta, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente. Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal” (LOPES JÚNIOR, 2012 p. 1).

Vale frisar que, essa relação íntima entre direito penal e processo penal é uma evolução que busca solucionar os conflitos existentes em sociedade por meio da aplicação de uma sanção, mas que não fica limitada a ela. “Daí já se poderia suscitar o caráter instrumental do processo, já que sem ele não é possível a aplicação de uma pena, nem mesmo com o consentimento do acusado, o qual não pode se submeter voluntariamente à sanção sem a prévia manifestação judicial” (BARBOSA, 2018, p. 1). Nesse contexto, tem real importância frisar que:

A evolução do processo penal está intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura do Estado em um determinado período. O processo surge com o terceiro estágio de desenvolvimento da pena, agora como “pena estatal”, que vem marcada por uma limitação jurídica do poder de perseguir e punir. A pena somente pode ser imposta mediante o processo judicial e pelo Estado (LOPES JÚNIOR, 2012 p. 3).

Tendo em vista essa observação é que se deve dizer que “[...] a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória) (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 19). Ele também serve para resguardar as garantias individuais da pessoa que se vê submetida a uma acusação. Isso é assim por que:

É inconcebível a aplicação de uma pena sem a existência de um processo penal válido, onde o Estado cumula as figuras de imputar um crime ao suposto autor, bem como a de garantir que o mesmo tenha a título de defesa todas as garantias materiais e processuais, ainda que saibamos que a relação jurídico-processual seja verticalizada (RODRIGUES, 2020, p. 1).

Nesse sentido é que surge o garantismo no processo penal, objetivando a proteção dos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal (CF) brasileira de 1988, como, por exemplo, o direito à vida, liberdade, dentre outros de igual importância. Em sua atribuição garantista o processo penal tem como objetivo assegurar ao réu todos os direitos instituídos na Carta Maior.

Nesse passo, vale destacar que no devido processo penal, o contraditório, e a ampla defesa são os princípios primordiais, e que são seis os princípios básicos e norteadores do sistema garantista, sendo descritos aqui apenas cinco, ficando o princípio da presunção da inocência para ser discutido em seção própria, como segue:

Jurisdicionalidade: Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz; inderrogabilidade do juízo. Separação das atividades de julgar e acusar: configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia invocação por meio da ação penal. **Contradição:** é um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação e a defesa; **fundamentação das decisões judiciais:** Para o controle do contraditório e da racionalidade da decisão, isto é, sobre a existência de provas suficientes para derrubar a presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 4).

Como se observa da citação, os princípios elencados acima são os fundamentos norteadores do sistema garantista processual penal. Logo abaixo discute-se detidamente o princípio da presunção de inocência, que se entende ter sido violado pelo art. 492 do CPP, após sua alteração pela Lei 13.964/2019, passando a prever a execução provisória da pena no tribunal do júri, indo frontalmente de encontro ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal brasileira de 1988.

3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

É ponto convergente o de que o termo princípio sempre leva à ideia de fase inicial ou de fundamento de algo. No que tange aos princípios jurídicos gerais do direito deve-se

entender que são premissas éticas, sociais, jurídicas que influenciam na elaboração das normas jurídicas (MORAES; CAPOBIANCO, 2010).

Desse modo, é possível dizer que estes são reflexos da cultura sociojurídica de uma dada sociedade, em um determinado momento, ou do desdobramento de sua história. Além disso, que os conteúdos éticos e morais que lhe perfazem denotam valores superiores que são aceitos como fundamentos para a elaboração e instituição da legislação tornando-se mandamentos nucleares e fundamentais do sistema jurídico ao qual diz respeito (SILVA, 2003). Tem excepcional importância salientar que os princípios norteadores da norma jurídica são tão importantes que já se disse que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2000, p. 478).

Conforme se observa, os princípios jurídicos devem ser respeitados porque se revestem de verdadeiros sistemas de comandos interligados que perfazem o instituto jurídico do país. A desobediência a um princípio jurídico fere toda a cadeia de comandos afetando sua juridicidade. Nesse passo, é oportuno dizer que a grande fonte da qual surgiram os princípios que fundamentam a legislação brasileira é o art. 5º da Constituição Federal de 1988, que

[...] elencou ideais básicas orientadoras de todos os ramos do direito brasileiro, tais como: preservação da vida, da dignidade da pessoa, isonomia jurídica entre os cidadãos, igualdade entre homens e mulheres, defesa da diversidade de gênero sexual e cultural, liberdade de expressão e manifestação religiosa, combate ao racismo e ao preconceito, presunção da inocência, entre outros (MORAES; CAPOBIANCO, 2010, p. 22).

Como se verifica na citação supra, dentre os princípios emanados da Constituição Federal está o princípio da presunção da inocência, o que leva ao entendimento de que não é possível realizar um estudo acerca da inconstitucionalidade do art. 492 do Código de Processo Penal (CPP), sem fazer uma abordagem sobre o princípio da presunção de inocência erigido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Isso é assim porque o referido princípio traz grafado que: “Ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, p. 1). Como se constata o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade reflete o entendimento de que o indivíduo é importante para o Estado e a sociedade, pois a garantia

ostentada no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, indica que as normas processuais serão aplicadas levando em consideração o referido princípio. Nessa linha de entendimento é possível destacar que:

A presunção de inocência é uma garantia concebida a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e desenvolvida a partir do devido processo legal que se encontra abrigada nos principais diplomas internacionais e nas constituições de praticamente todo mundo. A partir de sua positivação pela Constituição de 1988 (art. 5º, LVII), iniciou-se um processo interpretativo dos tribunais, principalmente no Supremo Tribunal Federal – o Guardião da Constituição, no sentido de determinar a influência desta, agora, norma constitucional (BARBAGALO, 2015, p. 11).

Cumprir notar que a presunção de inocência estampada no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF) brasileira de 1988, não traz em sua redação o termo “inocência”, como se pode verificar em seu texto magno: “Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, p. 1).

Está claro que o legislador brasileiro seguiu a trilha do art. 27.2 da Constituição Italiana, que em vez do termo “ninguém” emprega “imputado” para dizer que só será condenado quando da condenação definitiva. Nesses termos, é possível dizer que quando o constituinte não colocou o termo inocência no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal ela não reconheceu expressamente uma presunção de inocência, mas sim apenas uma presunção de não culpabilidade (BARBAGALO, 2015).

Há entre os doutrinadores, aqueles que entendem que: “A escolha do constituinte brasileiro merece aplausos, pois, em verdade, nenhum país adota propriamente o princípio da inocência, porque isto inviabilizaria por completo o sistema processual, especialmente quanto às medidas de natureza cautelar” (SILVA JUNIOR, 2018, p. 150).

Em que pese a falta desse termo para conferir a cobertura da garantia do princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade, o que se verifica é que o legislador pátrio instituiu a Lei 13.964/2019, cujo art. 3º determina que o artigo 492 do Código de Processo Penal (CPP) passe a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 492 [...] - I, [...] e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941, p. 1).

Esse comando legal tem gerado as mais dispares discussões sobre sua constitucionalidade, uma vez que no entender de diferentes doutrinadores esse inciso fere frontalmente o princípio da presunção da inocência e não culpabilidade erigido no art. 5º, LVII, da CF/88, pois ao prever a execução provisória da pena no tribunal do júri viola a presunção de inocência prevista na Constituição Federal de 1988, o que o torna inconstitucional.

Com efeito, o referido princípio traz implícito o entendimento de caso o juiz queira ou adote providências contrárias ao acusado deve sempre ter em mente que existe a presunção de inocência. Pois como decorre desse princípio, caso o juiz pretenda autorizar qualquer decisão contrária ao acusado, ele precisa estar munido de provas indefensáveis (SILVA JUNIOR, 2018). Sendo assim, enfoca-se logo abaixo as alterações que a Lei 13.964/2019 trouxe para o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e que é motivo de discussões no que se refere ao princípio da presunção de inocência ou culpabilidade.

4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/2019

A lei 13.964/2019 decorre de um Projeto de Lei conhecido como Pacote Anticrime. Essa nova lei alterou o Código Penal (CP), o Código de Processo Penal (CPP), o Código de Processo Penal Militar (CPPM), a Lei dos crimes hediondos, a Lei de Execução Penal, a Lei do Crime Organizado, Lavagem de Dinheiro, além de outras de real importância para o direito brasileiro (PEREIRA, 2020).

Objeto de análise e reflexão dos mais renomados juristas do Brasil, essa lei tem sido discutida na seara jurídica tanto pelo conteúdo do seu texto legal quanto pelas consequências jurídicas que trouxe por meio das suas alterações. Nesse contexto cabe mencionar que:

O Brasil tem mais de 773 mil presos em unidades prisionais e nas carceragens das delegacias. O número de presos nas unidades carcerárias soma 758.676, a maioria, 348.371, no regime fechado, quase a metade do total de aprisionados, 45,92%. Os dados mostram um crescimento dessa população de 3,89% em relação ao apurado em 2018. Os presos provisoriamente - que ainda não foram condenados - constituem o segundo maior contingente, com 253.963, representando 33,47% do total. Os presos no semiaberto, 16,63%, somam 126.146, e os no regime aberto são 27.069, representando 3,57% do total. Já os que estão em medida de segurança ou em tratamento ambulatorial somam 3.127 pessoas. A quase totalidade dos presos é do sexo masculino, representando mais de 90%. As mulheres representam pouco mais de 8%. A maioria dos presos, 39,42%, responde por crimes relacionados às drogas, como o tráfico. Em seguida vem os presos por crimes contra o patrimônio, que respondem por 36,74% do total de crimes. Os crimes contra a pessoa

somam 11,38% e os crimes contra a dignidade sexual representam 4,3% (NASCIMENTO, 2020, p. 1).

Observando os dados mencionados acima é possível frisar que a Lei 13.964/2019 atingirá todo o sistema penitenciário nacional. Isso porque ela confere ao magistrado determinar a execução da pena, independentemente de outros recursos que possam estar pendentes, caso o indivíduo seja condenado a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Nesses termos, vale dizer que a mudança brusca realizada na legislação pela Lei 13.964/2019 vai de encontro a um dos princípios basilares do direito penal, que é a presunção de inocência ou da não culpabilidade ostentada no art. 5º, LVII, da Carta Magna. A preocupação com a afronta desse princípio pauta-se, sobretudo, no entendimento de que a população carcerária no Brasil não é multicultural e que seus direitos se encontram violados sistematicamente, uma vez que o sistema prisional longe de ressocializar o indivíduo preso falha nessa ressocialização, sendo que muitas vezes os próprios presídios tornam-se escolas do crime (CUNHA; CHRISÓFARIO, 2012).

Tem excepcional importância salientar, que existe uma tentativa, via legislação infraconstitucional, do restabelecimento da execução provisória da pena, mediante a Lei nº 13.964/2019, que inseriu no artigo 492 do CPP, a alínea “e” no inciso I, como se verifica:

Art. 492. [...] I - no caso de condenação: [...] e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941, p. 1).

Note-se que a redação da Lei nº 13.964/2019, não para por aí, uma vez que, além de inserir a alínea “e” no inciso I, também insculpiu os §§ 3º, 4º, 5º e 6º no artigo 492 do Código de Processo Penal (CPP), como é possível observar:

Art. 492 [...] § 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo. § 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado

cumulativamente que o recurso: I - não tem propósito meramente protelatório; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); e II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão. § 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941, p. 1).

Não há qualquer dúvida que algumas das alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, na legislação penal possui novo intento de “[...] estabelecer a execução provisória da pena, no caso, vinculada ao Tribunal do Júri” (TASSE, 2020, p. 1). Aqui vale consignar que: “A execução provisória da pena é quando o réu começa a cumprir a pena determinada na sentença, ainda que estejam tramitando recursos, como o de apelação por exemplo” (ROCHA, 2020, p. 1).

Assim, essa hipótese já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades (ADCs) 43,44 e 54 referentes à redação dada pela Lei nº 12.403/2011 artigo 283 do CPP. A referida lei “[...] altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências” (BRASIL, 2011, p. 1). Pela redação da Lei 12.403/2011, o artigo 283 do CCP passou a ter o seguinte texto:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) § 1 As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). § 2 A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 1941, p. 1).

Cumprido destacar, que a decisão do Plenário do STF julgou procedente as ADC's para assentar a constitucionalidade do referido artigo. Essas ações possuíam como objeto de discussão sobre a possibilidade da prisão após confirmação em segunda instância, fato que já tinha jurisprudência adotada no ano de 2016 pelo STF (SCHIMITH; MOREIRA, 2019).

Aqui cabe concordar com a decisão do STF no julgamento das ADC's frisando que ela foi acertada ao atestar "[...] a plena compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que veda a chamada execução provisória de sentença penal condenatória (ABOUDD, 2019, p. 1). Nesses termos, convém explicitar que a discussão referente às reformas trazidas pela Lei nº 13.964/2019 dizem respeito:

[...] a execução provisória da pena quando o veredicto do Tribunal do Júri for condenatório, resultando a pena fixada em tempo igual ou superior a 15 (quinze) anos. Evidente que se trata de condenação por delito grave, afinal diante de ação que colocou fim à vida humana, com particularidades que resultaram em expressivo apenamento e possibilidade grande de constituir hipótese qualificada, portanto, crime dotado de hediondez. Inobstante, a questão a ser refletida é se, mesmo diante de situação particularmente grave, está o legislador infraconstitucional autorizado a ofertar estrutura jurídica que atinja garantia constitucional, excluindo sua incidência para determinadas hipóteses (TASSE, 2020, p. 1).

Embora a lei em estudo determine a prisão automática do réu que recebe pena igual ou superior a 15 anos, durante sentença do plenário do Tribunal Popular do Júri, cabe questionar se essa prisão possui constitucionalidade ou não, uma vez que se entende que ela fere o princípio da presunção da inocência ou culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da CF/88, e que deve ser considerado cláusula pétrea. Pois de acordo com o art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988: "Art. 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais" (BRASIL, 1988, p. 1).

Sendo o princípio da presunção da inocência ou culpabilidade um imperativo constitucional, resulta saber se o art. 492 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019 é constitucional, já que o mesmo prevê a execução provisória da pena no tribunal popular do júri, sem que o réu recorra aos tribunais superiores. Em vista disso, apreciasse algumas alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, no CPP. Abaixo são apresentadas as alterações realizadas pela Lei 13.964/2019 no Código de Processo Penal brasileiro.

4.1 Alterações da Lei nº 13.964/2019 no Código de Processo Penal

Mais de uma vez já se disse que a Lei 13.964/2019 trouxe alterações em diversas leis. Exemplos emblemáticos são as alterações realizadas por essa lei no contexto do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.698/41). Mais precisamente, pode-se dizer que "[...] houve extensas e diversas alterações e inclusões, nos artigos 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D; 3º-E; 3º-F; 14-

A; 28; 28-A; 122; 124-A; 133; 133-A; 157; 158-A; 158-B; 158-C; 158-D; 158-E; 158-F; 282; 283; 287; 311; 313; 315; 316; 492; 564; 581; 638” (CARVALHO, 2019, p. 1).

Como se verifica, as mudanças dadas pela mencionada envolvem: o juízo de garantias, o inquérito policial, a ação penal, as provas, a cadeia de custódia, a prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, a prisão em flagrante, além dos procedimentos relativos ao processo da competência do tribunal do júri, nulidades e recursos (em sentido estrito e extraordinário). (FROZI; PESSI, 2020).

Vale destacar, que uma das alterações relevantes ocorridas no contexto do Código de Processo Penal (CPP) se deu em relação ao inquérito policial (Art. 14-A), pois a partir dessa reforma: “Agentes públicos investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional poderão constituir defensor” (CARVALHO, 2019, p. 1). Aprofundando-se no assunto, revela inuovadora matéria que essa alteração inova no direito processual penal, uma vez que traz:

[...] a possibilidade de defesa e citação do agente policial que tenha feito uso de força letal no exercício da sua função. Caso em terá agilizada e facilitada suas alegações de ato praticado em legítima defesa, exercício regular de um direito, ou outra causa excludente de ilicitude, quando o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação (FROZI; PESSI, 2020, p. 1)

Com essa nova feição o art. 14-A do CPP abre precedentes para a defesa do policial que age de modo letal em situação envolvendo o exercício de sua profissão. A Lei 13.964/2019 também promoveu mudanças relacionadas a não persecução penal, inserindo o art. 28-A. Não há qualquer dúvida que esse acordo já era contemplado no ordenamento jurídico pátrio:

[...] a partir da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). No entanto, o tema era mitigado, isso porque, por um lado, entendia-se que apenas mediante lei seria possível a inclusão desse mecanismo de acordo, pois ele relativiza o princípio da obrigatoriedade da ação penal previsto no artigo 24 do CPP. Questionava-se, ainda, a competência do CNMP em editar norma jurídica de caráter abstrato, equivalente à lei. Por outro lado, entendia-se que o dispositivo era constitucional, com escopo no entendimento do STF que reconheceu que os Conselhos Nacionais do Ministério Público e da Justiça podem elaborar normas jurídicas primárias, cuja fonte imediata é a Constituição, uma vez que a Carta Magna os autorizaria a tanto (FERNANDES, 2020, p. 1).

Desse modo, ao ser insculpido o art. 28-A, pela Lei 13.964/2019, o legislador brasileiro denotou que a persecução penal nesses moldes pode ser interpretada como um “[...] mecanismo consensual, em que o imputado se conforma com a imposição de sanção (não privativa de liberdade) em troca de eventual benefício, como redução da pena e a não configuração de maus antecedentes” (VASCONCELLOS, 2019, p. 4).

Cabe adicionar, o entendimento de que “[...] preenchidos os requisitos legais - se trata de um Direito Público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um "poder do Ministério Público" e não um Direito do imputado” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 221). Segue-se nessa trilha de entendimento, sustentando que esse acordo se configura como uma forma de dar uma solução à lide sem que seja dado andamento ao processo, no intuito de desafogar o judiciário (FROZI; PESSI, 2020).

Outra inovação trazida pela Lei 13.964/2019 trata-se da denominada cadeia de custódia, grafada no art. 158-A do CPP, como se verifica *in verbis*:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal (BRASIL, 1941, p. 1)

Inferre-se desse artigo que a cadeia de custódia é um conjunto de procedimentos que envolve a história cronológica do vestígio coletado em locais ou vítimas visando rastrear todos os fatos ocorridos até seu descarte. Em outras palavras “[...] O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais sejam detectadas a existência de vestígio” (FROZI; PESSI, 2020, p. 1).

Outra reforma pertinente feita pela Lei 13.964/2019 é aquela realizada no art. 492 do CCP, mais precisamente o inciso I, alínea “e” referente à execução provisória da pena ao condenado a 15 ou mais anos em sede do tribunal popular do júri que tem a sua prisão realizada de forma imediata e compulsória:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior

a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos (BRASIL, 1941, p. 1).

Antes da alteração desse artigo realizada pela Lei nº 13.964/2019 “[...] o réu poderia ser preso após o a condenação do Tribunal do júri, mesmo estando pendente de recurso, caso estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva, aqueles presentes nos artigos 312-313 do Código de Processo Penal” (ROCHA, 2020, p. 1). Porém, a nova redação do art. 492 tem trazido acaloradas discussões sobre sua constitucionalidade ou não, uma vez que parece não respeitar o princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição federal brasileira de 1988.

5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como já dito, o Código de Processo Penal sofreu alterações pela Lei 13.964/2019, sobretudo, em seu art. 492. Ocorre que existe a discussão na doutrina se essa alteração realizada no CPP, mais precisamente no inciso I, alínea “e” do art. 492 é inconstitucional, já que prevê a execução provisória da pena no Tribunal Popular do Júri, em detrimento do princípio da presunção de inocência ou culpabilidade.

Quando se fala em inconstitucionalidade se está fazendo referência à legislação que não se subsume aos princípios constitucionais. Por isso se dizer que “[...] a inconstitucionalidade é um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição” (BITTENCOURT, 1997, p. 38).

A matéria da inconstitucionalidade ou não do referido artigo ao prever a execução provisória da pena no tribunal do júri é inconstitucional por violar a presunção de inocência prevista na Constituição Federal de 1988, promoveu a existência de duas correntes doutrinárias opostas. A primeira defende a constitucionalidade do art. 492 do CPP, é representada por Renato B. de Lima, Leonardo Carvalho, Adel Tasse, e se encontra fundada na convicção da soberania dos veredictos, que basicamente estabelece que o julgamento realizado pelo júri tem proteção constitucional e soberania. Essa corrente encontrou lugar em dois precedentes aqui expostos:

Em um dos casos concretos, o cidadão teria sido condenado pelo Tribunal do Júri a uma pena de doze anos, cinco meses e dez dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela tentativa de homicídio qualificado. O Conselho de Sentença, porém, o absolveu da imputação do delito de homicídio consumado. Em sede de apelação, o tribunal de justiça afastou a redução de 2/3 da pena e estabeleceu o patamar de 1/3 para cada uma das condenações, fixando a pena definitiva em dezenove anos, cinco meses e dez dias de reclusão.

Determinou a realização de novo júri no tocante à absolvição do crime de homicídio, bem como o início da execução provisória da pena. A Turma asseverou que as decisões do tribunal do júri são soberanas. Por isso, o tribunal de justiça poderia, eventualmente, anulá-las, mas jamais substituí-las (LIMA, 2020, p. 54).

Como se verifica acima há um exemplo de precedentes, no qual se assegura a soberania das decisões em sede de tribunal do júri, inclusive da prisão provisória. Continuando sua interpretação sobre o tema, esse doutrinador adiciona que:

Na dicção do Ministro Barroso, “A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, art. 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, art. 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, uma interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas” (LIMA, 2020, p. 54).

Nesse passo, observa-se que o entendimento da corrente doutrinária a favor da inconstitucionalidade do art. 492 do CPP enxerga que a constitucionalidade da execução provisória da pena, portanto, é pautado na premissa de que não há uma anulação do julgamento que o júri decidiu, mas:

[...] no máximo, com base no CPP, art. 593, inciso III, “a” e “d”), trazer a determinação de que aconteça um: novo julgamento por outro corpo de jurados, seja na hipótese de nulidade posterior à pronúncia, seja, por uma única vez, no caso de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos (LIMA, 2020, p.1539).

Por sua vez, a corrente doutrinária oposta, isto é, que defende a inconstitucionalidade do art. 492 do CPP, devido a violação do princípio da presunção de inocência é representada por doutrinadores como Aury Lopes Junior, Alexandre Rosa, Wagner Frozi e Josian Pessi. Vale dizer, que essa corrente compreende que a inconstitucionalidade do referido artigo é clara, e chega a esse entendimento devido ao fato de que, ao ferir a presunção da inocência,

a execução provisória da pena toma um caminho errôneo, trazendo prejuízos irreparáveis ao réu, ainda que existam exceções à regra que traz o art. 492 do CPP.

Observe-se que com as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, ao art. 492 do CCP, verifica-se que ela promove uma forma de execução da pena com início em pleno tribunal do júri nos casos específicos elencados na alínea “e”, inciso I, desse instituto jurídico. Note-se como exemplo, o seguinte caso:

Quando a condenação for por crime doloso contra a vida, a pena será de 15 anos ou mais, no entanto, mesmo tendo respondido a todo o processo em liberdade, o condenado deve ser preso em plenário do Tribunal do Júri, iniciando imediatamente o cumprimento da pena (art. 492, I, “e”, do CPP) (CAMPOS, 2020, p. 01).

Como se verifica, na citação acima ao condenado no tribunal popular do júri, em pena igual ou maior a 15 anos não cabe recorrer em liberdade, devendo ser recolhido instantaneamente ao presídio. Esse exemplo é emblemático porque já aqui se verifica o erro do legislador e sua violação ao princípio da presunção de inocência ou culpabilidade (art. 5º, LVII, CF/88), na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado (LOPES JUNIOR; ROSA, 2020, p. 1).

Em evidente inconstitucionalidade a premissa em que se baseia o art. 492, I, “e” é a de que, “[...] embora ainda possam vir recursos a integrar o processo, os mesmos não terão, por via de regra, um efeito suspensivo” (FROZI; PESSI, 2020, p. 3). Na esteira da inconstitucionalidade do art. 492, I, “e” e de sua violação do princípio da presunção de inocência, menciona-se também que “[...] só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado” (QUEIROZ, 2020, p. 1). Cumpre notar que no art. 492 do CPP, modificado pela Lei 13.964/2019, se está falando do Tribunal Popular do Júri, que:

[...] é o órgão julgador composto por sete juízes leigos (jurados) que decidirão sobre a conduta de um réu que supostamente tenha cometido os conhecidos crimes contra a vida, homicídio, infanticídio, instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio, e aborto. Caso alguém seja suspeito de cometer algum desses crimes, e na fase de acusação tenha indícios suficientes de autoria, e materialidade será pronunciado ao Tribunal do Júri e será julgado por essas pessoas escolhidas na comunidade e não por um juiz (ROCHA, 2020, p. 1).

Em se tratando de inconstitucionalidade do art. 492 do CPP, por se entender que fere o princípio da presunção de inocência, cabe dizer que “[...] a soberania dos jurados não é um argumento válido para justificar a execução antecipada, pois é um atributo que não serve

como legitimador de prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados (LOPES JUNIOR; ROSA, 2020, p. 1).

Analisando as exceções à regra ostentadas do 3º ao 6º §§ no art. 492, chega-se ao entendimento de que elas não são suficientes para demonstrar a legitimidade da execução provisória e, por isso, esse artigo é inconstitucional, já que não respeita o princípio da presunção de inocência.

Note-se que as exceções à execução provisória em sede de tribunal do júri ocorrem nos casos em que o juiz presidente do júri constatar uma questão de maior importância, como nulidade do julgamento advindo do tribunal do júri, ou tendo sido concedido pelo desembargador-relator efeito suspensivo na apelação promovida pela defesa (PESSI; FROZI, 2020). Aprofundando-se no assunto, cabe mencionar que a visão do absolutismo da soberania dos vereditos do tribunal do júri não encontra lugar num estado democrático de direito, pois ostenta valor meramente relativo, defluindo daí que as decisões emitidas pelo do Conselho de Sentença não devem ser motivos para que defenda a prisão provisória prevista na alínea “e”, inciso I, do art. 492 do CPP, já que esse órgão não é intangível e sua decisão pode muito bem ser cassada pelo Juízo *ad quem*.

Mesmo sabendo a inconstitucionalidade do referido artigo ainda não foi pacificada, e que há correntes doutrinárias divergentes sobre sua constitucionalidade ou não, segue-se o entendimento de que esse artigo é inconstitucional, uma vez que prevê a execução provisória da pena no Tribunal Popular do Júri, violando frontalmente o princípio da presunção de inocência ou culpabilidade. Ainda que existam argumentos de sua constitucionalidade em razão do princípio da soberania dos vereditos, elencado no art. 5º, XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal; e no art. 593, III, alínea “d”, e § 3º, do CPP.

6 CONCLUSÃO

Esse trabalho realizou um estudo na doutrina e legislação brasileira sobre a constitucionalidade do art. 492 do CPP, uma vez que o mesmo prevê a execução provisória da pena no Tribunal Popular do Júri, que vai de encontro ao princípio da presunção de inocência ou culpabilidade, ostentada na Constituição Federal DE 1988 em seu art. 5º, inciso LVII.

Constatou-se na literatura pesquisada que esse princípio reflete o entendimento de que o indivíduo é importante para o Estado e a sociedade, uma vez que existe essa previsão constitucional. Constatou-se na literatura investigada que a Lei 13.964/2019, a qual fez alterações no art. 492 do Código de Processo Penal (CPP), também fez alterações em outros mecanismos jurídicos, como a Lei dos crimes hediondos, a Lei de Execução Penal, a Lei do Crime Organizado, Lavagem de Dinheiro, além de outras de real importância para o direito brasileiro. Os dados levantados na literatura demonstraram que existem correntes doutrinárias contra e a favor da constitucionalidade do art. 492 do CPP, em especial da alínea “e” do inciso I, e que há os defensores da constitucionalidade desse artigo fundamentando-se princípio da

soberania dos vereditos, insculpido no art. 5º, XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal; e art. 593, III, alínea “d”, e § 3º, do CPP.

Esses resultados permitiram concluir que a doutrina majoritária entende que o art. 492 do CPP, alterado pela Lei 13.964/2019, é inconstitucional porque promove uma forma de execução da pena com início em pleno tribunal do júri nos casos específicos elencados na alínea “e”, inciso I, afrontando diretamente o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Diante dessa conclusão, cabe sugerir que a provocação ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que sane a questão da inconstitucionalidade desse artigo, no que se refere à execução provisória da pena.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Geroges. *O julgamento das adcs 43, 44 e 54 pelo supremo tribunal federal e o absurdo*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/georges-abboud-julgamento-adcs-43-44-54-absurdo>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: institui o código de processo penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. *Lei 12.403/2011: altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências*. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 15 nov. 2010.

CAMARADOSDEPUTADOS. *Projeto de lei nº 10372/2018*. Brasília, Congresso Nacional, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 15 nov. 2010.

CAMPOS, Walfredo. Pacote Anticrime: mudança no rito do júri (art. 492, i, “e”, do cpp). *Genjuridico.com.br.*, fev. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/02/04/anticrime-mudanca-no-rito-do-juri/>. Acesso em: 19 out. 2020.

CARVALHO, Leonardo. Pacote Anticrime (lei nº 13.964/2019) e suas mudanças no âmbito penal e processual penal. *Jus.com.br.*, abr., 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78653/pacote-anticrime-lei-n-13-964-2019-e-suas-mudancas-no-ambito-penal-e-processual-penal>. Acesso em: 15 nov. 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; CHSISÓFARIO, Danilo Fernandes. *Execução penal*. Bahia: JusPODIUM, 2012.

FERNANDES, Arthur Marchette. Cinco alterações significativas a partir do pacote ‘anticrime’. *Consultório Jurídico*, abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/opiniao-alteracoes-significativas-partir-pacote-anticrime>. Acesso em: 15 nov. 2010.

FROZI, Wagner; PESSI, Josian. Das alterações trazidas pela lei nº 13.964/19 – lei do pacote anticrime- ao código de processo penal brasileiro: estudo integral das alterações atinentes ao código de processo penal. *Jus.com.br*, fev. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79477/das-alteracoes-trazidas-pela-lei-n-13-964-19-lei-do-pacote-anticrime-ao-codigo-de-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 19 nov. 2020.

GOMES, Leonardo Figueira. Garantismo no processo pena. *Jus.com.br.*, jul., 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50892/o-garantismo-no-processo-penal>. Acesso em: 19 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. *Direito processual penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. 2012. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. *Consultório jurídico*, jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em: 19 nov. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Geovane; CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. *Como se preparar para o exame de ordem: penal*. São PAULO: Método, 2010.

NASCIMENTO, Luciano. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado: presos provisórios são o segundo maior contingente. Agência Brasil, Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>. Acesso em: 17 nov. 2020.

PROCOPIO, Michael. *Pacote anticrime: as alterações do código penal pela lei 13.964/2019*. 2020. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/pacote-anticrime-as-alteracoes-do-codigo-penal-pela-lei-13-964-2019/>. Acesso em: 29 out. 2020.

QUEIROZ, Paulo. *A nova prisão preventiva: lei nº 13.964/2019*. 2020. [tps://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/](https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/). Acesso em: 19 nov. 2020.

RODRIGES, Geovane Rubem. Instrumentalidade garantista e o sistema heterogêneo aplicado no processo penal na lei de drogas. *Jus.com.br.*, maio, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82005/instrumentalidade-garantista-e-o-sistema-heterogeneo-aplicado-no-processo-penal-na-lei-de-drogas>. Acesso em: 29 out. 2020.

SCHMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann; MOREIRA, Leopoldo Gomes. *O julgamento das adcs 43, 44 e 54 pelo stf e a pec 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância*. 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43--44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia>. Acesso em: 17 nov. 2020.

PEREIRA, Jeferson Botelho. *A novíssima lei nº 13.964, de 2019 e o pacote anticrime: modelo jurídico inédito de combate ao crime ou bondade social?*. *Jus.com.br.*, nov., 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ROCHA, Rafael. Atenção! o pacote anticrime alterou o tribunal do júri. *Jusbrasil*, abr., 2020. Disponível em: <https://rbispo77.jusbrasil.com.br/artigos/814049746/atencao-o-pacote-anticrime-alterou-o-tribunal-do-juri>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SILVA, Ivan Luiz da. Introdução aos princípios jurídicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 160, p. 270-288, out./dez. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/918/R160-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 mar. 2020.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade: distinção, aplicação e alcance*. 2018. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wIUGiv1dPOYJ:https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/14418/9812/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 mar. 2020.

TASSE, Adel El. A nova tentativa de execução provisória da pena na lei nº 13.964/2019. *Jus.com.br.*, ago., 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79484/a-nova-tentativa-de-execucao-provisoria-da-pena-na-lei-n-13-964-2019>. Acesso em: 17 nov. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Comentários sobre as alterações processuais penais aprovadas pelo congresso nacional no pacote anticrime modificado (pl 6.341/2019)*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/modificacoes-processuais-projeto.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CONCILIAÇÃO: SUA EFICÁCIA NO PROCON

JANAÍNA ROCHA DE ALMEIDA:
Acadêmica de Direito na Universidade de
Gurupi- UNIRG

WENAS SILVA SANTOS⁸

(orientador)

RESUMO: O Código de Defesa do Consumidor trata de uma política de relação de consumo, é uma compilação de regras e preceitos que visam ajudar a organizar as relações econômicas entre os fornecedores de produtos e serviços e os consumidores, proporcionando harmonia e justiça nas trocas. Assim, é preciso analisar de que forma os processos judiciais de natureza consumeirista são realizados. Para isso, esse estudo propõe discorrer sobre de que forma a Conciliação pode ser uma medida facilitadora na resolução de conflitos na área do Direito do Consumidor. Na busca por um melhor fundamento, buscou-se analisar com base na busca de dados processuais online, a eficácia dessa medida, em especial no Estado do Tocantins. Na metodologia, esse estudo se pautou em uma revisão da literatura sobre o tema central e no método dedutivo, partindo da pesquisa em banco de dados digitais, a fim de dimensionar a real eficácia da Conciliação nesse órgão. Nos resultados, ficou evidente que a Conciliação é uma ferramenta extremamente necessária para o aprimoramento e agilidade nos conflitos consumeiristas.

Palavras-chave: PROCON. Conciliação. Eficácia.

CONCILIATION: ITS EFFECTIVENESS IN PROCON. ALMEIDA¹ Janaína Rocha de; SOBRENOME² Nome (¹ Academic of the course of Law; ² Teacher guiding the course of law).

ABSTRACT: The Consumer Protection Code deals with a consumer relation policy, it is a compilation of rules and precepts that aim to help organize economic relations between suppliers of products and services and consumers, providing harmony and fairness in exchanges. Thus, it is necessary to analyze how consumer-related lawsuits are carried out. To this end, this study proposes to discuss how Conciliation can be a facilitating measure in resolving conflicts in the area of Consumer Law. In the search for a better foundation, we sought to analyze, based on the search for online procedural data, the effectiveness of this measure, especially in the State of Tocantins. In the methodology, this study was based on a literature review on the central theme and on the deductive method, starting from the research in digital database, in order to measure the real effectiveness of Conciliation in this body. In

8 . Graduado em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione (2013), Especialista em Direito Público e Docência Universitária pela Faculdade Católica Dom Orione (2017), Mestre em Estudos de Cultura e Território pela Universidade Federal do Tocantins-PPGCult/UFT-Campus Araguaína (2019). Advogado membro da OAB/TO, com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Professor no curso de Direito da Universidade de Gurupi -UNIRG

the results, it was evident that the Conciliation is an extremely necessary tool for the improvement and agility in consumer conflicts.

Keywords: PROCON. Conciliation. Efficiency.

INTRODUÇÃO

A questão envolvendo a acessibilidade da população à Justiça tem sido amplamente discutida nos últimos anos. Isso decorre principalmente por um motivo único: o atolamento de processos encontrados no Poder Judiciário, que acaba por deixar o sistema processual lento e oneroso. Soma-se a isso, o fato de que grande parte da população carente não tem o acesso – que é uma garantia constitucional – devido à Justiça.

Dessa forma, o que se encontra hoje é a existência de um número elevado de litígios no Poder Judiciário. Não desmerecendo a garantia de todo cidadão ter acesso à justiça, a discussão que se pauta é em relação sobre a maneira que essa justiça é realizada, ou seja, de que forma o Poder Judiciário está a solucionar os seus litígios.

Como forma de desafogar o Poder Judiciário e aproximar a Justiça da população, foi criada duas medidas: a conciliação e a mediação. Tais medidas possuem a finalidade de sanar os conflitos, de maneira mais rápida e eficiente possível. Por essa razão, essas medidas têm sido consideradas como importantes ferramentas de agilidade nos processos.

Insta salientar que na conciliação, encontra-se um terceiro sujeito, que de modo imparcial tenciona resolver ambos interesses das partes. É uma medida mais rápida e célere que auxilia na diminuição dos processos.

Diante disso, o presente estudo tem como foco a discussão da importância da conciliação no atendimento à justiça e no desafogamento dos processos entalados nos tribunais judiciais. Além disso, visa nesse trabalho, discutir como essa medida é realizada no PROCON, observando a sua eficácia.

Portanto, no decorrer de sua análise procura-se responder: de que maneira a Conciliação pode contribuir na resolução de processos na área consumeirista?

Na busca pelas respostas, esse trabalho irá direcionar a aplicação desse modelo de audiência no PROCON do Estado do Tocantins, servindo com modelo para dimensionar a eficácia desse instituto. Na metodologia, trata-se de uma revisão da literatura baseada em livros, artigos, periódicos e legislação brasileira pertinente ao tema por ora proposto.

1 DIREITO DO CONSUMIDOR: ASPECTOS GERAIS

Em sentido histórico, a tutela pela proteção ao consumidor se iniciou já nos rudimentos encontrados no antigo Egito. Culturalmente, o povo do Egito tinha o costume de pintar o próprio corpo com alguns tipos de maquiagem (tintas, pós etc.).

Além desse registro no antigo Egito, também é possível encontrar em outros textos antigos que tinham como foco a proteção ao consumidor. É o caso, por exemplo, do Código

de Hamurabi, editado no Império Babilônico. Nesse ordenamento, tinham-se regras que visavam defender os compradores de bens e serviços. Nota-se que desde o princípio, as normas consumeristas já consagravam a denominada responsabilidade objetiva, que atualmente já é legislada pela norma consumerista em vigor.

Durante muito tempo, tinha-se a imagem de que era a figura do consumidor quem dominava a economia. Essa imagem é refletida devido ao liberalismo econômico, que advinha da revolução industrial. Nesse caso, o consumidor tinha a liberdade de escolha diante de uma infinidade de produtos (SILVA, 2013).

Ocorre que essa imagem não correspondia a realidade prática, uma vez que o comerciantes praticavam todo tipo de manobra a fim de ludibriar e enganar os consumidores. Em caso de descobrir essas fraudes, os consumidores não poderiam buscar nenhum ressarcimento na justiça.

Isso começou a mudar quando, no século XX, emergiu na Europa algumas associações de consumidores, que buscavam a tutela de seus direitos.

No território brasileiro, a principal norma do país – Constituição Federal de 1988 – trouxe em seu texto o garantismo de proteção aos consumidores. No seu art. 5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V e artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, encontram-se a normatização do direito dos consumidores em toda a sua importância.

Essa proteção trazida pela constituição brasileira faz emergir o idealismo de que o consumidor é a parte mais frágil da relação consumerista. De fato, isso se perfaz no sentido de que se busca igualar essa relação, fazendo com que consumidor e fornecedor tenham de modo semelhante, direitos e tutelas garantidas pela norma.

Buscando enfatizar na legislação esse equilíbrio, foi editado através da Lei nº 8.078/90 o Código de Defesa do Consumidor. Por meio dessa lei, é possível verificar os princípios norteadores das relações consumeristas, bem como os deveres dos fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu justamente para poder equilibrar a relação entre consumidor e fornecedor, fazendo com que o consumidor possa ter seus direitos protegidos e que o fornecedor tenha limites no seu trabalho, evitando assim qualquer prática abusiva.

1.1 DO PROCON

Uma vez instaurado dentro do ordenamento jurídico brasileiro o Código de Defesa do Consumidor, é evidente ilustrar nesse estudo um órgão específico que trabalha diretamente com esses conflitos e que representa a melhor solução. Estar-se falando do PROCON.

Juntamente com a criação do CDC houve a necessidade de se desenvolverem órgãos públicos capazes de assegurar que esses direitos fossem cumpridos e que o consumidor tivesse a garantia da celeridade em seus processos. Dessa forma surge o Programa de Proteção à Defesa do Consumidor (PROCON).

O PROCON possui como principais objetivos orientar, informar, registrar reclamações feitas pela população, ele também é responsável por conciliar e fiscalizar as relações de consumo. Ele é um órgão que possui vínculos com o Poder Executivo resolvendo os conflitos oriundos entre consumidores e fornecedores por meio de seu poder de polícia conferido por Lei (NUNES, 2015).

De modo geral, o PROCON é “um órgão da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos e tem como objetivo informar, defender e orientar os consumidores na busca de solução para qualquer problema de consumo. Ao se sentir lesado, o consumidor deve fazer valer seus direitos” (PROCON/PR, 2020, p. 01).

Este órgão ainda possui como finalidade a agilidade nas resoluções das demandas a ele empregadas, visto que as lides podem ser resolvidas no mesmo dia, e em segundo caso elas são feitas por meio da realização de uma audiência conciliadora (PAIVA, 2015).

Para entender melhor quais os serviços desenvolvidos no PROCON, apresenta-se a Figura 1:

FIGURA 1 – ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELO PROCON



Fonte: PROCON/PR (2020).

Como base na Figura 1, fica caracterizada o fato de que o PROCON, como bem enfatiza Nunes (2015), é considerado mais produtivo e mais célere, além de ser um suporte para evitar a superlotações em demandas jurisdicionais, pois ele age de maneira administrativa podendo ser capaz de autuar uma empresa no pagamento de multas e ate mesmo no fechamento da mesma. E as medidas que mais se assemelham a esse resultado é a Conciliação e a Mediação ao qual será discutida somente a primeira no tópico seguinte.

2 DA MEDIDA DE CONCILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Nas últimas décadas o Poder Judiciário vem sendo cometido por inúmeros problemas. Processos atolados, estrutura excessivamente burocrática, morosidade na resolução dos litígios, alto custo do sistema judicial, dentre outros vários fatores, tem resultado num Poder Judiciário pouco eficaz (ROMAN, 2020).

A título de exemplo, o Poder Judiciário brasileiro — proporcionalmente, é considerado o mais caro do mundo ocidental. No ano de 2019, essa estrutura teve um custo de R\$ 49,9 bilhões. É o mesmo que R\$ 134,2 milhões por dia, ou R\$ 5,5 milhões por hora, ou ainda R\$ 93,2 mil por minuto (COSTA, 2020).

No entanto, a par desses problemas um se destaca: o crescente número de processos no Judiciário. Muitos são os litígios que chegam à porta do Judiciário, resultando numa superlotação e deixando o sistema ineficaz e moroso.

De acordo com Costa (2020) tramitam no Judiciário aproximadamente 100 milhões de processos. Segundo ele, muito em parte desse número é por conta de processos irrelevantes, ou seja, de pouco potencial ofensivo. Em suas palavras, “minorias que perdem no Legislativo estão levando para a Justiça questões políticas. Isso acaba por encarecer os custos e torna o Judiciário moroso. É preciso diminuir os recursos que acabam ampliando o prazo do processo e também o número de funcionários” (COSTA, 2020, p. 01).

Na busca por uma solução para essa realidade, em 2010 uma comissão de juristas entregou ao Senado Federal o anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, que tinha como meta evidenciar o uso mais acentuado da simplicidade na linguagem e da ação processual, e uma maior celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação (BRASIL, 2010).

Como resultado, em 2016 entrou em vigor a Lei nº 13.105 que instituiu o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), onde foi possível notar uma importante evolução na realização de uma justiça mais eficaz. Nessa mesma norma, trouxe as figuras da Mediação e Conciliação.

Discorrendo sobre esses métodos, Roman (2020) enaltece que eles promovem de maneira direta a celeridade processual. Isso se explica porque são ferramentas jurídicas que possuem pouco ou quase nenhum formalismo, além da economia de debates extremamente jurídicos ou processuais, da confidencialidade e da busca de uma solução que satisfaça mais à justiça e aos interesses econômicos das partes do que as regras do direito.

Sem adentrar no mérito da Mediação, analisa-se somente a Conciliação, por ser o objeto central desse estudo. Tendo origem latina (*conciliatione*), conciliação pode ser traduzida

como sendo “ato ou efeito de conciliar; ato de harmonizar disputantes ou pessoas com vontades opostas; acordo; entendimento; concordância” (GONÇALVES, 2016, p. 12).

Com isso, percebe-se que a conciliação remete à ideia de se harmonizar disputas entre pessoas. É uma maneira de pacificar os litígios. Em termos jurídicos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) conceitua a conciliação como “um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo” (CNJ, 2015).

Como já citado, a conciliação se estrutura com a presença de um terceiro (que deve ser imparcial) e que busca aproximar os interesses das partes, dando-lhes as informações necessárias e orientando-os para a formalização de um acordo (VIANA JR., 2016).

Quem realiza a conciliação é denominado de conciliador. De acordo com o CNJ (2015) esse profissional é uma pessoa da sociedade que age de maneira voluntária e, após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

O conciliador é um facilitador do acordo entre os litigantes, sendo totalmente imparcial. Deve trabalhar com base em alguns princípios e obedecer a determinadas disposições impostas na legislação própria. Sobre esse aspecto, apresenta-se o tópico seguinte.

2.1 DOS PROCEDIMENTOS JURÍDICOS

Primeiramente, destaca-se que o trabalho do conciliador deve ser pautado pelos seguintes princípios: independência (o trabalho deve ser pautado pela liberdade e autonomia); imparcialidade (sem favoritismo das partes); autonomia da vontade (respeito aos diferentes pontos de vista das partes); confidencialidade (não se deve expor fatos ou elementos da conciliação); informalidade e decisão informada (as partes devem estar cientes sobre seus direitos). (MARTINS, 2017).

Com base nos princípios acima elencados, destaca-se que “a conciliação é regida de acordo com a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (MARTINS, 2017, p. 01).

A par disso, tem-se o art. 334 e seus parágrafos. *A priori*, o presente artigo possui na primeira parte, o seguinte texto:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

(BRASIL, 2015).

Conforme expressa o *caput* do supracitado artigo, “a audiência deve ser sempre designada, salvo indeferimento/determinação de emenda da inicial ou improcedência liminar” (VIANA JR., 2016, p. 03). Além disso, caso o réu não seja citado no mínimo 20 dias antes da audiência, pode ensejar em nulidade, onde será aplicado “o princípio da instrumentalidade das formas, cabendo a decretação de nulidade apenas se ficar comprovado o prejuízo ao réu” (NEVES, 2016, p. 118).

No § 2º importante frisar que “só se justifica a designação de nova sessão se houver perspectiva de solução consensual diante do que ocorreu na sessão anterior” (NEVES, 2016, p. 119).

Em relação ao § 3º, explica-se que “o autor é intimado por seu advogado, ao contrário do réu, que devido ao fato de ser sua primeira participação no processo é intimado pessoalmente” (VIANA JR., 2016, p. 03).

Na segunda parte do artigo 334 do novo Código de Processual Civil (NCPC) tem-se:

Art. 334.

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II – quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

(BRASIL, 2015)

No que tange ao § 4º inicialmente afirma-se que a audiência é obrigatória, podendo haver duas exceções: a) todas as partes envolvidas no litígio manifestarem desinteresse no processo e b) quando a lide não admite a autocomposição. Viana Jr. (2016) entende que a manifestação deve ser de todos os interessados e não apenas de um. Em contrapartida, Neves

(2016, p. 120) entende que a “manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse, pois, a possibilidade de acordo nesse caso é quase impossível”.

Pelo § 5º relata sobre o lapso temporal da manifestação de interesse ou não das partes, onde o autor deve indicar a sua vontade logo na petição inicial e o réu poderá fazê-lo em petição autônoma, desde que sejam 10 dias antes da data da audiência, no mínimo. Ambas as partes não precisam motivar tal ato.

No § 8º, encontra-se a normatização ligada a ausência sem motivação do autor ou do réu. Nesse sentido, essa ação é considerada como um ato atentatório à dignidade da Justiça. Como consequência, será sancionada uma multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, que será transferida em favor da União ou do Estado.

Dessa forma, não é mais admitido que uma das partes falte à audiência e que sua motivação seja dada com base apenas no desinteresse em conciliar. Nesse sentido, a parte é obrigada a comparecer ou sofrerá como consequência a imposição da pena de multa (MACHADO, 2016).

Por fim, apresentam-se os últimos parágrafos do art. 334 do NCPC/2015, que se referem a autocomposição obtida deverá ser diminuída a termo e homologada por sentença (§ 11) e a pauta das audiências de conciliação ou mediação deverá ser distribuída respeitando o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da posterior (§ 12). Em relação ao § 11º a autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. A redução a termo é feita pelo conciliador ou mediador sendo a homologação, ato do juiz.

Buscando a efetiva tentativa de obtenção da autocomposição, pelo § 12º, entende-se que não se admite a designação de uma audiência com um curto espaço de tempo entre uma e outra, pois isso tem como efeito a insatisfação dos advogados que geralmente enfrentam atrasos em sua agenda, em decorrência direta do não cumprimento dos horários designados (THEODORO JÚNIOR, 2016).

3 EFICÁCIA DA CONCILIAÇÃO NO PROCON

Como demonstrado nos tópicos anteriores, foi evidenciado que as medidas da Conciliação e a Mediação são de fato importantes para ajudar a desafogar o Poder Judiciário bem com aproximar a comunidade da Justiça, facilitando o seu acesso.

Para demonstrar um quadro real desse entendimento, buscou-se por meio de documentos científicos e reportagens jornalísticas uma real situação no Estado do Tocantins. Pelos resultados encontrados, foi possível verificar que este Estado tem tido um significativo avanço nesse tema, apresentando programas que visam a celeridade processual e o facilitamento da população no acesso à Justiça.

Para justificar esse resultado, apresenta-se inicialmente que desde 2006 o presente Estado realiza o denominado Dia Nacional da Conciliação no Tocantins. Geralmente realizado no segundo semestre de cada ano, essa ação busca resolver os conflitos mais

“fáceis” e que venham com a natureza de finalização mais ágil. Também buscava dar visibilidade ao tema da conciliação, o que foi alcançado

O primeiro ano de sua entrada (2006) trouxe resultados bastante positivos. Como bem menciona Fraz (2006, p. 01) “as comarcas de Palmas, Araguaína e Gurupi conseguiram realizar a maior parte das audiências propostas, alcançando uma média geral de 61%, num primeiro levantamento”.

O supracitado autor ainda explica o bom resultado desse primeiro ano:

O número de acordos celebrados foi satisfatório e a média estadual ficou em torno de 52 %. Um número relevante, considerando que o sucesso do movimento não está apenas nos acordos conseguidos, mas no êxito em geral, como os julgamentos realizados e os processos extintos. Em Palmas, das 498 audiências designadas 377 foram realizadas, com uma marca de 44% de acordos. O número só não foi maior devido em alguns processos as partes não terem comparecido, o que impossibilitou a tentativa de conciliação. A comarca de Gurupi alcançou a maior média de acordos no Estado. Das 204 audiências previstas, 161 foram realizadas, resultando em 108 acordos. Uma média de 67%. E em Araguaína, a conciliação também foi positiva alcançando a marca de 55 % de acordos (FRAZ, 2006, p. 01).

Desde então, o Estado do Tocantins foi implantando ações que visem dar maior celeridade aos processos do Estado. Tem-se como exemplo, o Plano de Eficiência do Judiciário do Tocantins, criado por meio do projeto Caminhos da Justiça. Nesse plano, os gestores do Poder Judiciário local implantaram ações que pudessem detectar as necessidades de cada região do Estado. Com as informações colhidas, pôde-se desenvolver as mudanças necessárias (CAPERUTO, 2016).

Esse plano tem como finalidade “aumentar a produtividade e equalizar a força de trabalho, sempre primando por uma prestação jurisdicional de qualidade” (CAPERUTO, 2016, p. 01).

Fazem parte do Plano de Eficiência do Poder Judiciário do Tocantins: a Secretaria das Varas Criminais de Palmas (Secrim); a Contadoria Judicial Unificada (Cojun); o Trabalho Remoto/Escrivanias em rede; o Juiz Colaborador e a Distribuição de Competências (CAPERUTO, 2016).

Além dessa medida, tem-se com a ajuda do Poder Judiciário e apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para os quais diversas empresas públicas e privadas tem resolvido conflitos através da conciliação pré-processual. Explica Bandeira (2018, p. 02) “as maneiras de se viabilizar esses acordos variam: ocorrem com ajuda de parcerias, uso de ferramentas digitais, agendamento de audiências ou por meio de esforços concentrados”.

Liderando o movimento da conciliação pré-processual está a Política Nacional de Tratamento de Conflitos (Resolução nº 125/2010) que foca em preparar as condições de pacificação da sociedade, intensificando a conciliação no Brasil. Problemas financeiros,

comerciais, habitacionais e familiares estão entre os mais pautados nas audiências de conciliação e que possuem melhores níveis de acordos (BANDEIRA, 2018).

Essa ação desde que fora implantada em território nacional obteve resultados positivos, principalmente no Estado do Tocantins. De acordo com dados da Coordenadoria de Gestão Estratégica, Estatística e Projetos do Tribunal de Justiça daquele estado (TJTO), desde 2017 foram encerrados 3.626 casos por conciliação na fase pré-processual (BANDEIRA, 2018).

As cidades de Palmas (capital), Araguaína e Gurupi por serem as maiores e com um elevado número de habitantes, no geral são as que mais recebem os programas voltados para a conciliação. No entanto, essa realidade aos poucos vem mudando.

Em 2019 a comarca do município de Colméia realizou cerca de 165 audiências de conciliação em mutirão. Os casos analisados são de natureza diversa e vão desde ações de cobranças, alimentos, reconhecimento de paternidade e processos envolvendo fraudes e inobservâncias de empréstimos consignados em benefícios previdenciários por instituições bancárias (SIMÃO, 2019).

Para o juiz diretor de Fórum da presente comarca, Ricardo Gagliardi (2019 apud SIMÃO, 2019, p. 02) a realização do mutirão foi uma experiência única: “um verdadeiro dia de cidadania. A experiência de participar das audiências e sentir as relações sociais de conflitos serem resolvidas é muito gratificante para mim, como profissional e, especialmente, como um cidadão brasileiro”.

Devido ao sucesso que os mutirões estão fazendo pelo Estado, o Poder Judiciário juntamente com procuradores do Estado e do Município estão criando projetos que visem “aprimorar a prestação jurisdicional, buscando resolver os conflitos com os poderes públicos de forma mais rápida e desburocratizada” (LANE, 2019, p. 03).

A ideia é implementar mutirões de audiência de conciliação mensais, separados por temas que não envolvem valores pecuniários. De acordo com Lane (2019, p. 01) “nas matérias onde não se discute cobrança de valores, vantagens financeiras salariais ou qualquer matéria que implique pecúnia, ficou acertada a possibilidade de composições em ações como, por exemplo, expedição e entrega de documentos”.

Enquanto essa ação não entra em prática, vislumbra-se que no Estado do Tocantins, a conciliação já é uma medida utilizada como forma de desafogar o Poder Judiciário, servindo como exemplo para outras regiões do país.

3.1 A CONCILIAÇÃO NO PROCON

O PROCON no Estado do Tocantins surge após a determinação constitucional, em março de 1992, sendo um órgão estadual vinculado à Secretaria de Cidadania e Justiça possuindo três núcleos regionais situados nas cidades de Araguaína, Palmas e Gurupi.

Em 2004 foram implantados novos Núcleos nas cidades de Araguatins, Tocantinópolis, Guaraí e Dianópolis e em 2007 acontece a implementação em Porto Nacional. Em todos esses

núcleos é possível perceber a crescente procura dos consumidores a esses estabelecimentos, revelando o quanto os mesmos prestam verdadeiro papel fundamental a sociedade.

Em 2006 ocorreu uma nova reestruturação, surgindo assim três novas coordenações a serem englobadas pelo PROCON, sendo elas a de Fiscalização, Educação para o Consumo e Atendimento.

Em 2011, o presente órgão é novamente reestruturado passando a ser conhecido como Superintendência Pró Direitos e Deveres nas Relações de Consumo – PROCON congregando na Secretaria de Justiça e dos Direitos Humanos.

Em 2015 ele passa a denominar-se como Diretoria de Proteção aos Direitos do Consumidor – PROCON tendo sua estrutura formada por gerências de: fiscalização; atendimento ao consumidor; de educação para o consumo; gerência jurídica e do contencioso administrativo. Ainda em 2015 o órgão passa a se denominar Superintendência de Proteção ao Direito do Consumidor – PROCON Tocantins.

E por fim em 2016 a Secretaria passa a se denominada de Secretaria de Cidadania e Justiça, o qual é vinculado. Desde o início de sua criação, o órgão vem desempenhando uma função exemplar para cumprimento dos direitos dos consumidores.

Em 2019 salienta que o mesmo já desenvolveu diversas atividades de fiscalização para desenvolvimento das normas Estaduais. Fora isso vem desempenhando com êxito a ações especiais em datas comemorativas onde o fluxo de consumo é maior. O PROCON também realiza fiscalizações rotineiras e investiga as denúncias realizadas no canal de atendimento.

O órgão em análise também desenvolve uma atividade pouco conhecida, que é a de realizar pesquisas no comércio a fim de mostrar a variação de preço de determinados produtos em diferentes locais. Esses dados podem ser conferidos regularmente através no site oficial do órgão no Estado.⁹ Além disso, há também a divulgação de lista das empresas mais reclamadas na região pelos consumidores.

Como já mencionado anteriormente, a conciliação é uma importante ferramenta na busca por uma justiça mais rápida e eficaz, objetivando aproximar os interesses das partes, para que ambas saiam da audiência judicial, felizes e realizadas com o acordo celebrado.

Na seara consumeirista, a conciliação tem se mostrado uma ferramenta de extrema importância. Na audiência, a conciliação é feita por um conciliador de Defesa do Consumidor. As duas partes dialogam sobre os fatos e espera-se que façam um acordo. O acordo feito é registrado em ata que será homologado junto ao Poder Judiciário (SALDANHA, 2012).

Não havendo acordo, o órgão emite uma decisão administrativa, podendo o fornecedor ser penalizado com uma sanção administrativa tal como multa, suspensão de comercialização de produtos, dentre outras previstas em lei.

⁹ Disponível em: <http://www.procon.to.gov.br/>. Acesso em: 26 set. 2020.

De acordo com Saldanha (2012) ao optar pela conciliação no PROCON, o direito busca não apenas uma alternativa de harmonização do conflito nas relações de consumo. Nas audiências conciliatórias, consumidor e fornecedor têm a oportunidade de receber orientação e educação quanto aos limites de seus direitos e obrigações, pois o órgão tem se especializado em dirimir os conflitos de consumo e neste mister acumulou relevante capital de conhecimentos.

Na prática processual administrativo-consumerista, uma vez não obtida a resolução imediata pelo fornecedor, o consumidor pode peticionar ao PROCON que se utilize da técnica da conciliação para que torne a se manifestar quanto à sua pretensão e com a intermediação do conciliador.

Ao buscar a composição administrativa do conflito de consumo, o consumidor não deseja litigar em juízo, porque não pretende ver o conflito se arrastar por mais tempo e obter da melhor forma possível a satisfação de seu interesse violado (SALDANHA, 2012).

Para o fornecedor reclamado, a conciliação consistirá numa porta de acesso, uma oportunidade para atender à demanda do consumidor evitando-se sua rediscussão em âmbito judicial, podendo obter ao fim do processo custos menores de resolutividade e ao mesmo tempo evitar a aplicação de multa administrativa.

Tanto para o consumidor quanto para o fornecedor, a adoção do método alternativo de resolução de conflito, pela conciliação no PROCON previne a perpetuação da disputa e os desgastes que ela acarreta.

Com isso fica evidenciado que o PROCON é um órgão que melhor trabalha com a resolução de conflitos na área consumerista. Ao responder a questão norteadora desse estudo é claro afirmar que esse órgão ainda é o melhor meio de não apenas ajudar a solucionar os problemas advindos da relação de consumo como também é o local apropriado para que o consumidor tenha o primeiro acesso à Justiça.

De qualquer forma, fica claro constatar que a medida de Conciliação é a mais eficaz em trazer uma diminuição aos processos pendentes no Poder Judiciário, principalmente na área consumerista, onde é possível encontrar inúmeros processos que ainda precisam ser resolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Consumidor é uma disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, no caso o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.

Neste tipo de relação é muito comum o consumidor se encontrar em desvantagem, seja pela ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos de uma relação jurídica, em que o consumidor participe; seja pela sua ausência ou sua reduzida capacidade econômica. Por tal razão, o Direito do Consumidor tem como característica essencial a consideração do fenômeno da vulnerabilidade do consumidor (que em última análise vai se voltar à celebração da dignidade da pessoa humana).

Na busca por uma melhor resposta do Poder Judiciário às causas de natureza consumeirista, adentrou dentro desse contexto as medidas de Conciliação e Mediação, que visam, sobretudo desafogar os inúmeros processos no Judiciário e dar maior segurança nas relações jurídicas. Porém, para fins desse estudo, focou-se somente na Conciliação.

A Conciliação, como mostrado no decorrer desse estudo, tem sido um importante instrumento na busca por garantir a rapidez dos processos, bem como ampliar as relações de consumo, além de trazer maior segurança jurídica. Na conciliação, existe a figura de um terceiro, cuja imparcialidade ajudará a aproximar os interesses das partes, orientando-as na formação de um acordo. Por essa razão, essa medida é a que mais se assemelha ao ambiente consumeirista.

No caso em específico, uma vez que o consumidor não tenha resolvido o seu conflito com o fornecedor, o mesmo pode peticionar ao PROCON que ao utilizar a medida de conciliação certamente irá resolver de forma equilibrada e eficaz o litígio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Gomma de; BUZZI, Marco Aurélio. **Novos desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: art. 334**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334>. Acesso em: 03 out. 2020.

BONATTO, Cláudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos e contratos**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. *Lex*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

CAPERUTO, Ada. Digitalização aumenta a produtividade do Judiciário do Tocantins. 2016. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/digitalizacao-aumenta-a-productividade-do-judiciario-do-tocantins/>. Acesso em: 05 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Movimento pela conciliação**. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programaseacoes/conciliacao-mediacao/movimento-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 11 set. 2020.

COSTA, Cristyan. **Saiba quanto custa o Poder Judiciário brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://revistaeste.com/saiba-quanto-custa-o-poder-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 12 set. 2020.

FRAZ, Luiz Otávio. **Conciliação: Tocantins tem saldo positivo de acordos**. 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/concilia-tocantins-tem-saldo-positivo-de-acordos-2/>. Acesso em: 03 out. 2020.

GONÇALVES, Fábio Antunes; GONÇALVES, Patrícia Antunes. **A evolução do conceito de consumidor e o princípio da vulnerabilidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18636. Acesso em: 10 set. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

LANE, Jéssica. **Judiciário prepara mutirões para agilizar, via conciliação, solução de processos do Estado e do Município de Palmas**. 2019. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6275-judiciario-prepara-mutiroes-para-agilizar-via-conciliacao-solucao-de-processos-envolvendo-o-estado-e-o-municipio-de-palmas>. Acesso em: 06 out. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Renan Buhnemann. **Conciliação e Mediação na ótica do novo CPC**. 2017. Disponível em: <https://rbmartins1992.jusbrasil.com.br/artigos/309063697/conciliacao-e-mediacao-na-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 11 out. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito Processual civil – Volume único**. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Rizzatto. **A boa-fé objetiva como elemento de harmonização das relações jurídicas de consumo**. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI216091,61044A+boafe+objetiva+como+elemento+de+harmonizacao+das+relacoes+juridicas>. Acesso em: 11 out. 2020.

OAB/RS, ESA. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre. Rio Grande do Sul, 2015.

PAIVA, Clarissa Teixeira. **O que caracteriza uma relação de consumo**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4401, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34128>. Acesso em: 11 out. 2020.

PETRARCA, Carolina Louzada; NASCIMENTO, Dannúbia. **Audiências de conciliação e mediação no Código de Processo Civil: mudança de paradigmas**. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239269,101048Audiencias+de+conciliacao+e+mediacao+no+Codigo+de+Processo+Civil>. Acesso em: 04 out. 2020.

PROCON/PR. **O que é o PROCON?** 2020. Disponível em: http://www.procon.pr.gov.br/arquivos/File/Folder_Procon_revisado_site.pdf. Acesso em: 21 ago. 2020.

QUEIROGA, Onaldo Rocha de. **Desjudicialização dos litígios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROMAN, Luciana Oliveira Coimbra. **A crise do Poder Judiciário e o direito constitucional de acesso à justiça**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54258/a-crise-do-poder-judicirio-e-o-direito-constitucional-de-acesso-justia>. Acesso em: 12 set. 2020.

SALDANHA, Celso de Jesus Pereira. **A conciliação no PROCON/PA: um meio alternativo para a resolução do conflito nas relações de consumo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3118, 14 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20863>. Acesso em: 27 set. 2020.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SIMÃO, Sthefany. **Comarca de Colméia realiza 165 audiências de conciliação em mutirão e juiz comemora: “um verdadeiro dia de cidadania”**. 2019. Disponível em: <http://www.tj.to.gov.br/index.php/noticias/6230-comarca-de-colmeia-realiza-165-audiencias-de-conciliacao-durante-mutirao-e-juiz-comemora-um-verdadeiro-dia-de-cidadania>. Acesso em: 03 out. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIANA JR, Dorgival. **Novo CPC e a audiência de Conciliação ou Mediação Obrigatória**. 2016. Disponível em: <http://www.novocpcbrasileiro.com.br/audiencia-de-conciliacao-mediacao-obrigatoria-no-novo-cpc/>. Acesso em: 14 out. 2020.

O CARÁTER INDETERMINADO DA MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA AOS INIMPUTÁVEIS À LUZ GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PENA DE CARÁTER PERPÉTUO

LILIANE SOUZA VASCONCELOS:
Graduanda do Curso de Direito do
CEUNI FAMETRO – Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O presente artigo propõe-se a analisar o cumprimento da medida de segurança à luz da Constituição Federal, com ênfase no instituto da absolvição imprópria, procurando avaliar de maneira crítica se ocorre na aplicação da referida medida uma lesão, à garantia constitucional da proibição de pena de caráter perpétuo, com fulcro no art. 5º, XLVII, b). A princípio, com a indefinição temporal dada à medida de segurança, havia a insegurança jurídica de que este caráter indeterminado pudesse fazer com que os pacientes que tenham quadro irreversível de alguma doença mental grave ficassem privados de sua liberdade “*Ad Eternum*”, ou seja, até a morte, o que materialmente se concretiza em pena de caráter perpétuo, que tem expressa vedação constitucional. Na pretensão de mitigar essa possibilidade, o Superior Tribunal de Justiça formulou a Súmula 527, estipulando que “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. No entanto, verificou-se divergência jurisprudencial, vez que o Supremo Tribunal Federal aplica, sem distinção do delito, o “teto” máximo de 30 anos, modificado pelo “Pacote anticrime” para 40 anos. Neste contexto, a presente pesquisa pretendeu explorar maneiras de assegurar o real cumprimento da garantia constitucional com base na vedação da prisão perpétua, estudando o caráter da medida de segurança, suas características, o porquê da necessidade de sua existência e demonstrando alguns dados sobre a maneira que o cumprimento da medida de segurança se dá nos hospitais psiquiátricos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Medida de Segurança; Garantia Constitucional; Hospitais Psiquiátricos.

ABSTRACT: This article proposes to analyze compliance with the security measure in the light of the Federal Constitution, with an emphasis on the institute of improper acquittal, seeking to critically assess whether an injury occurs in the application of that measure, to the constitutional guarantee of the prohibition of punishment of perpetual character, with fulcrum in art. 5, XLVII, b). At first, with the temporary uncertainty given to the security measure, there was legal uncertainty that this indeterminate character could cause patients who have an irreversible condition of some serious mental illness to be deprived of their “*Ad Eternum*” freedom, that is, until death, which materially results in a perpetual penalty, which has an express constitutional prohibition. In an attempt to mitigate this possibility, the Superior Court of Justice formulated Precedent 527, stipulating that “The duration of the security measure must not exceed the maximum limit of the sentence abstractly committed to the offense committed”. However, there was divergence in jurisprudence, since the Supreme Federal Court applies, without distinct ion to the offense, the maximum “ceiling” of 30 years,

modified by the “Anti-crime package” for 40 years. In this context, this research aimed to explore ways to ensure the real fulfillment of the constitutional guarantee based on the prohibition of life imprisonment, studying the character of the security measure, its characteristics, the reason for the need for its existence and demonstrating some data about the way that compliance with the safety measure takes place in psychiatric hospitals.

KEYWORDS: Criminal Law; Security measure; Constitutional Guarantee; psychiatric hospitals

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Acesso À Justiça, O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e o Direito Penal; 2 Medida De Segurança; 2.1 Conceito; 2.2 Fundamento Legal – O Artigo 96 E A Revogação Tácita Do Artigo 97, CP; 2.3 Pena X Medida De Segurança: Principais Diferenças E Semelhanças; 2.4 Caráter Indefinido Da Duração Da Medida De Segurança E Seus Remédios Legais; 3 Cumprimento Da Medida De Segurança À Luz Da Dignidade Da Pessoa Humana E Da Lei Nº 10.216/2001; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O acontecimento de um crime é algo que afeta mediatamente toda a sociedade, e interfere imediatamente na vida de todos os envolvidos: desde a vítima, o acusado e de ambas famílias, visto que todos sofrem os impactos negativos de sua ocorrência.

Se o impacto já é sentido quando o acusado é totalmente capaz de compreender as suas ações, com um misto de sentimentos por parte da vítima e de seus familiares, essa situação fica ainda mais complicada quando trata-se de um ilícito cometido por alguém que possua algum transtorno mental.

Isso porque, quando falamos de transtornos mentais graves, que retiram do acusado a capacidade de compreender a gravidade de seus atos, não há que se falar em culpabilidade por parte do agente, sequer em aplicação de pena – e, por esse motivo, existe o instituto da medida de segurança.

Nem todas as doenças mentais são, necessariamente, causadoras de sintomas gravíssimos, tais como a perda de consciência da realidade que a esquizofrenia, por exemplo, poderia causar.

No entanto, como quaisquer outras doenças, os transtornos mentais precisam ser tratados, para que não evoluam para quadros mais graves, com consequências tais como o *autoflagelo*, – automutilações, causando dor a si mesmo, castigando-se fisicamente – e com os que estão ao seu redor.

Logo, quando a doença não é controlada por meio do acompanhamento médico, uso de medicamentos e acompanhamento psicológico, os acometidos destas moléstias podem apresentar quadros de extrema de violência, potencialmente causadoras de crimes.

Mesmo com a Reforma Psiquiátrica (lei 10.216/2001), ainda existe muita desinformação e preconceito por parte da sociedade brasileira, que encontra-se enraizada em nossa cultura.

A exclusão destes agentes é mais comum que a tão buscada e ideal inclusão, principalmente quando falamos do inimputável – que será taxado sempre como perigoso, aquele que ninguém quer perto, pois provavelmente poderá reincidir no mesmo erro e cometer novas infrações.

Essa exclusão cultural viola a intenção do próprio legislador, pois fere preceitos constitucionais, tais como o objetivo de construir uma sociedade onde se promoverá “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, art. 3º, IV, CF.

Dessa maneira, o presente trabalho tem por objetivo discutir o caráter indefinido da medida de segurança para pacientes em regime de internação, onde vislumbra-se, num primeiro cenário, a possibilidade da violação de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, em especial sobre a impossibilidade de penas de caráter perpétuo, por consequência avaliar se existe alguma maneira à possibilitar o cumprimento da medida de segurança e ao mesmo tempo observar garantias constitucionais tais como a dignidade da pessoa humana e a proibição da pena de caráter perpétuo.

1 DO ACESSO À JUSTIÇA, O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E O DIREITO PENAL

A Constituição da República trouxe inúmeros avanços para o Brasil desde a sua promulgação. Entre eles, diversos direitos e garantias fundamentais dispostos no seu artigo 5º, dos mais variados campos do direito.

Uma das mais importantes garantias constitucionais dispostas no rol do art. 5º é o acesso à justiça, em seu inciso XXXV. Por meio deste inciso, o legislador garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Também chamado por juristas de Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, esse princípio permite que a parte procure o Estado para resolver sua controvérsia, de maneira que este não pode se negar a prestar assistência jurisdicional (MESQUITA, 2013).

Embora pareça ser mais restrito, em um primeiro momento, ao Poder Judiciário, é importante salientar que é uma obrigação estendida a todo o Estado, devendo os outros dois poderes – Legislativo e Executivo – auxiliarem o Poder Judiciário para a concretização desta garantia.

O princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, mesmo sendo muito trabalhado principalmente como um instituto do Direito Civil, se reflete em todas as áreas do Direito, tendo por consequência também se refletir na seara do Direito Penal, uma vez que os ofendidos ou seus representantes tem direito à recorrer ao Poder Judiciário para a investigação de determinada conduta criminosa à qual foram submetidos, qualquer que seja ela.

Nesse sentido, percebe-se a importância da aplicação do Direito Penal e do Processo Penal como consequência da garantia constitucional do Acesso à Justiça – em especial, quando existem todo um lapso probatório e demais elementos que comprovem a ilicitude, culpabilidade e tipicidade da conduta do agente.

No caso da Medida de Segurança, no entanto, é necessária extrema cautela. Isso porque, conforme veremos em tópicos posteriores, a Medida de Segurança tem fundamento diferente do cumprimento de pena, a qual se destina os crimes.

A definição de crime segundo o seu conceito analítico, seria, de maneira resumida, um fato típico, ilícito e culpável (MARTINS, 2014). Dessa forma, todas as condutas que se encaixarem nessa “moldura” seriam, portanto, consideradas como condutas criminosas.

No âmbito da Medida de Segurança, existe um lapso probatório que comprova o cometimento de um fato que seria entendido pela legislação penal vigente como um crime, porém não é possível essa configuração da conduta como crime pela ausência de elemento essencial do tipo: a culpabilidade.

Logo, podemos depreender que seu cometimento não se trata de um crime, pela falta de elementos que comprovem formalmente o cometimento de um crime, segundo o conceito analítico previamente citado.

Nos tópicos a seguir, faremos um estudo mais aprofundado a respeito da Medida de Segurança, seu conceito, fundamento legal, suas diferenças e semelhanças com a pena e abordaremos a respeito da temática principal deste artigo, o caráter indefinido da duração desta medida.

2 MEDIDA DE SEGURANÇA

O presente tópico visa elucidar ao leitor conceitos básicos a respeito da Medida de Segurança e seu conceito segundo a doutrina, a lei penal e as principais fontes do direito.

Ademais, no decorrer deste tópico serão abordados o seu fundamento legal, as diferenças entre a medida e a pena-sansão – destacando também suas semelhanças, se houver.

Por último, teceremos algumas considerações a respeito do caráter indefinido da medida de segurança, suas consequências e seus possíveis remédios legais.

2.1 Conceito

A medida de segurança é uma reação estatal que se liga a um fato típico, ilícito, mas não culpável. Visa a defesa social, com a ideia da prevenção desse tipo de conduta por parte do agente que ao tempo da conduta não tinha discernimento para entender sua ilicitude. Se tornando portanto, “paciente” da medida de segurança.

Como veremos, há duas espécies desta medida considerada com fins “curativos”, devendo a internação ser o último recurso.

É importante salientarmos que tal medida não se trata de pena ou uma espécie de medida punitiva por parte do Estado, uma vez que, segundo o conceito analítico de crime, não há conduta delituosa se não inexistir um dos seus elementos basilares: *in casu*, a culpabilidade.

Nesse sentido, aplica-se a medida de segurança aos inimputáveis ou semi imputáveis que praticam fatos que são considerados típicos e ilícitos. Sendo-lhe aplicável tomando como base

a análise do grau de periculosidade do agente, devendo ser a aplicação da medida internação (mais gravosa) deste agente a *ultima ratio*:

A medida de segurança é uma providência do Estado, fundamentada no jus puniendi, imposta ao agente inimputável ou semi imputável que pratica um fato típico e ilícito, com base no grau de periculosidade do mesmo. Medida de segurança é toda a reação criminal, detentiva ou não detentiva, que se liga à prática, pelo agente, de um fato ilícito típico, tem como pressuposto e princípio de medida a sua periculosidade e visa finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de segurança, seja sob a forma de ressocialização. (FREITAS,2020)

A partir daqui, torna-se importante a discussão da origem desta medida e a sua evolução de acordo com o tempo e mudança de paradigmas sofridos por parte do direito brasileiro, como o movimento cada vez maior de humanização dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

Historicamente, a Medida de Segurança surgiu a partir do projeto do Código Criminal do Império do Brasil, a partir de 16 de dezembro de 1830, com a sanção pelo imperador Dom Pedro I.

Nesse contexto, surgia também a doutrina penal clássica, que contou com figuras muito importantes tais como Beccaria, que defendia que os homens possuam igualdade perante a lei, que a pena deveria ser em função da gravidade do crime cometido e que o crime deveria ser condicionado a sua definição legal – demonstrando, aqui, a importância da tipificação da conduta feita de maneira mais rígida dentro do Direito Penal:

Seguindo os preceitos da escola clássica do direito penal, o projeto do *Código Criminal do Império do Brasil* foi aprovado em 22 de outubro de 1830 e sancionado em 16 de dezembro do mesmo ano pelo imperador d. Pedro I (Chaloub, 1981, p. 17). As bases da doutrina clássica do direito penal foram estabelecidas em 1767 por Cesare Beccaria e se firmavam em três pressupostos: igualdade dos homens perante a lei; pena como função da gravidade do delito; e condicionamento do crime à sua definição legal. A caracterização de um ato como delituoso independia dos atributos pessoais de quem o praticava, como nos mostra o artigo 1: "Não haverá crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique" (Brazil, 1876). Para compreendermos o lugar do doente mental no Código Criminal, é importante considerarmos que, além do pressuposto da igualdade e do caráter retributivo da pena, a escola clássica fundamentava-se na doutrina do livre-arbítrio e na noção de responsabilidade. A presença da loucura como móvel do crime punha em questão os pilares da doutrina clássica do direito. Um homem cujo crime foi cometido em estado de loucura poderia ser considerado responsável? Era livre em

sua ação o homem que, na loucura, estava privado dos sentidos? Para lidar com este problema, ditava o nosso código criminal:

Art 10: ... não se julgarão criminosos:

§ 2. Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime. (PERES e MENDES FILHO, 2002)

Podemos depreender que, desde muitos anos atrás, com o Código Criminal do Império, já era perceptível a inviabilidade de se condenar criminalmente os incapazes – considerados pelo código criminal do império como “loucos de todo o gênero”.

É importante salientar que, até o momento, não havia uma maneira mais correta a se referir a pessoas com transtornos de desordem mental, uma vez que ramos médicos e da psicologia, por exemplo, ainda não haviam chegado ao paradigma atual – o de tratar a essas pessoas com respeito, garantindo-lhe atendimento com dignidade e respeitando as escolhas de tratamento feitas por si mesma e por sua família, dentro dos limites da ciência considerando também a integridade física do agente.

Note que se a própria comunidade de médicos e psicólogos não haviam chegado a esse paradigma, podemos entender que certamente a lei e as demais fontes do direito que tentam acompanhar a constante evolução da sociedade, também não haviam se inclinado a esta forma de abordagem para com os doentes mentais: a de propor um tratamento curativo, tal como a medida de segurança hoje se propõe a ser.

Conforme se desenvolveu a evolução da sociedade e a ciência com o estudo destes agentes, a busca pelo tratamento cada vez mais humanitário, se aproxima do ideal tratamento proposto em conformidade com os direitos constitucionais, que respeitam primordialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, tendendo a humanização no tratamento dado aos doentes mentais, com a formulação de métodos que efetivamente restaurem a saúde, e a integridade mental afastando-o da periculosidade comumente a este conferida.

2.2 Fundamento legal – O artigo 96 e a revogação tácita do artigo 97, CP.

A medida de segurança encontra fundamento legal no Código Penal brasileiro, aparecendo a partir do seu art. 96. O artigo 96 do Código Penal Brasileiro traz a definição dos tipos de medida de segurança, quais sejam, a internação em hospital de custódia ou sujeição a tratamento ambulatorial, *in verbis*:

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Cada tipo de medida de segurança é aplicada a partir da periculosidade do agente envolvido: a sujeição a tratamento ambulatorial seria feita em casos menos graves e a internação em hospital de custódia seria para casos mais graves, onde não existiria outra opção para o paciente a não ser a submissão a internação e tratamento psiquiátrico. A internação seria feita, segundo o artigo 96, I, em hospital de custódia ou, na falta deste, em estabelecimento apropriado para o cumprimento da pena.

Logo, apesar do caráter preventivo/curativo da medida de segurança, esta é comumente aplicada como se pena fosse, no entanto, leva em consideração a periculosidade conferida ao “paciente”, que independe do ilícito por este praticado, fato este que torna-se muitas vezes desproporcional e mais gravosa do que a própria pena-sansão aplicada aos agentes que cometem a mesma conduta ilícita.

Portanto a medida de segurança nada mais é, do que a resposta legal conferida pelo estado aos atos ilícitos praticados pelos inimputáveis ou semiimputáveis, fazendo-se substituir a pena-sansão, pela aplicação da medida preventiva/curativa em análise.

2.3 Pena x Medida de Segurança: Principais diferenças e semelhanças.

A medida de segurança, em nenhuma hipótese, pode ser confundida com a pena, que é sanção dada ao apenado em decorrência de um crime. A respeito do assunto, Leopoldo (2019) traz uma útil contribuição:

Pena é a medida imposta pelo Estado, ao infrator que comete um ato típico, ilícito e culpável, mediante o devido processo legal. O Estado tem o dever/poder de aplicar a sanção penal ao autor da conduta ilícita culpável como forma de retribuição do mal provocado por tal conduta, “castigando” o agente da conduta criminosa, e com a finalidade de evitar que novos crimes possam ser cometidos.

A pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal¹⁰.

Segundo Leopoldo (2019), a pena surge a partir da necessidade de proteção de atos danosos a sua integridade física ou de sua integridade patrimonial. Não havendo, inicialmente, um monopólio estatal da pena (*jus puniende*), tal como ocorre hoje.

¹⁰ Prado, 2014, p. 444

Dessa maneira, por muito tempo foi exercida a auto tutela e esta se dava por meio de atos do próprio particular envolvido ou de outros úteis a sociedade em que se deu o crime, como os chefes de clãs, por exemplo.

A origem da pena reside no intento do ser humano de proteger a si mesmo, sua sobrevivência e suas posses. De início pode-se entender que a não havia um sistema destinado a execução do direito de punir, que analisasse e julgasse as transgressões cometidas, a pena podia ser então executada por chefes de clãs, por particulares, pelo clero e ainda, por ordem direta de um soberano. (LEOPOLDO 2019)

Já a medida de segurança é também uma providência estatal, mas cujo fundamento é diferente do fundamento da pena. Freitas (2014) explica melhor a respeito deste conceito e traz uma abordagem mais profunda a respeito desta medida:

A medida de segurança é uma providência do Estado, fundamentada no jus puniendi, imposta ao agente inimputável ou semi-imputável que pratica um fato típico e ilícito, com base no grau de periculosidade do mesmo.

Medida de segurança é toda a reação criminal, detentiva ou não detentiva, que se liga à prática, pelo agente, de um fato ilícito típico, tem como pressuposto e princípio de medida a sua periculosidade e visa finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de segurança, seja sob a forma de ressocialização

Assim, podemos depreender que a medida de segurança não traz os efeitos secundários extrapenais, como é o caso dos efeitos extrapenais genéricos e específicos.

Os efeitos extrapenais genéricos são, segundo Baia (2018) “aqueles aplicáveis, em regra, a toda condenação criminal, desde que o crime tenha relação com os determinados efeitos. (...) independem de expressa manifestação de ato decisório, visto que são inerentes à condenação.”

Ato contínuo, Baia (2018) também nos traz importante contribuição a respeito dos efeitos específicos da pena:

os chamados efeitos específicos são aplicáveis apenas em crimes mencionados, sendo tais efeitos listados no artigo 92 do Código Penal, que dispõe:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Dessa forma, verificamos que o próprio legislador, ao deixar claro que estes efeitos são relativos a sentenças penais condenatórias – e, não se tratando da medida de segurança um crime, por se tratar de fato penalmente relevante que falta o elemento culpa – deixa implícito que esses efeitos da pena não são extensíveis a medida de segurança.

Ainda assim, não se pode ter uma visão “romantizada” da medida de segurança: ainda que não seja considerada como pena, existem graves consequências para o paciente, uma vez que podem ocorrer abusos por parte daqueles que teriam o dever de cuidado com esta pessoa e não o prestam de maneira adequada.

Para além desse aspecto, Freitas (2014) traz algumas diferenças entre a pena e a medida de segurança:

Conforme Cezar Roberto Bittencourt, quatro são as diferenças principais entre a pena e a medida de segurança:

- a) As penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva.
- b) O fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade.
- c) As penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente.
- d) As penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicadas aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo.

É importante destacar, nesse sentido, alguns aspectos sobre a medida de segurança. A medida de segurança tem natureza eminentemente preventiva, ou seja, o Estado e a sociedade tem um certo receio de que comportamentos perigosos possam ser realizados por parte do paciente.

Quanto a aplicação da medida de segurança, destaca-se que estas são aplicáveis aos inimputáveis e, de maneira excepcional, aos semi imputáveis – aqueles que não tem plena consciência de seus atos, pois encontra-se temporariamente incapaz.

Além disso, o fundamento da medida de segurança baseia-se apenas na periculosidade do agente. Essa colocação é um tanto temerária, uma vez que a medida de segurança ter caráter indeterminado e esta só findará, em regra, cessada a “periculosidade do agente”.

Na prática, sustentar o incidente de insanidade mental em sede judicial, em alguns casos, pode-se tornar uma medida muito mais gravosa ao “paciente” do que a própria pena abstrata cominada ao ato ilícito por este praticado, posto que uma vez aplicada a medida mais gravosa, tem-se como resultado além da restrição da liberdade, a ausência de garantia da efetiva cessação futura da periculosidade, que por sua vez não tem prazo para ocorrer.

2.4 Caráter indefinido da duração da medida de segurança e seus remédios legais.

A indefinição temporal da duração da medida de segurança, se extrai da própria leitura do Art. 97 §1º, do Código Penal. É importante citarmos que tal indeterminação era temerária, uma vez que não se admite, no direito brasileiro, penas de caráter perpétuo:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Analisando a probabilidade de violação aos direitos fundamentais, e potencial perigo à garantia da dignidade da pessoa humana do inimputável, o Superior Tribunal de Justiça formulou a Súmula 527, que regula e limita a interpretação do artigo supracitado, e dispõe que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Ocorre que ao analisar o mesmo fato o STF entendeu que o período máximo para o cumprimento da Medida de Segurança deveria ser o período máximo destinado as penas, que anteriormente eram 30 anos e atualmente com o “pacote anticrime” passou a se 40 anos.

Podemos ver esse entendimento exemplificado no seguinte julgado, que interpreta sistematicamente os artigos que tratam a respeito da Medida de Segurança, tanto dentro do Código Penal quanto dentro da Lei de Execução Penal:

MEDIDA DE SEGURANÇA - PROJEÇÃO NO TEMPO - LIMITE.
A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos (HC 84219, Relator(a): Min. MARCO

AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 23-09-2005 PP-00016 EMENT VOL02206-02 PP-00285).

Além disso, precedentes mais recentes trazem o entendimento de que não existe isonomia quando a lei dispõe que o inimputável deverá cumprir medida de segurança por período indeterminado, mesmo que lei anterior e mais benéfica deixe claro que o período máximo de cumprimento de pena seria já estabelecido:

"[...] Fere o princípio da isonomia o fato de a lei fixar o período máximo de cumprimento de pena para o imputável, pela prática de um crime, e determinar que o inimputável cumprirá medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando o seu término à cessação da periculosidade. [...] O limite máximo de duração de uma medida de segurança, então, deve ser o máximo da pena abstratamente cominada ao delito no qual foi a pessoa condenada. [...]" (HC 91602 SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 26/10/2012).

A subjetividade que traz a lei, ou seja, a condição de cessação da periculosidade, poderia significar, na prática, a incorreção em pena de caráter perpétuo, uma vez que essa condição poderia nunca cessar, por tratar-se de uma doença mental – que, no caso do inimputável, a propósito, por vezes é grave e incurável.

O precedente trazido pelo Informativo 369 do Supremo Tribunal Federal também provoca o debate a respeito do caráter indefinido quanto a duração indefinida da medida de segurança:

A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende a extinção de medida de segurança aplicada à paciente, diagnosticada como doente mental pela prática do delito de homicídio, cujo cumprimento, em hospital de custódia e tratamento, já ultrapassara trinta anos. A impetração é contra decisão do STJ que indeferira a mesma medida, sob o fundamento de que a lei penal não prevê limite temporal máximo para o cumprimento da medida de segurança, somente condicionada à cessação da periculosidade do agente. Sustenta-se, na espécie, com base no disposto nos artigos 75 do CP e 183 da LEP, estar a medida de segurança limitada à duração da pena imposta ao réu, e que, mesmo persistindo a doença mental e havendo necessidade de tratamento, após a declaração da extinção da punibilidade, este deve ocorrer em hospital psiquiátrico, cessada a custódia. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu o writ para que se implemente a remoção da paciente para hospital psiquiátrico da rede pública, no que foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Considerou que a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua se aplica à custódia implementada sob o ângulo de medida de segurança, tendo

em conta, ainda, o limite máximo do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade a que alude o art. 75 do CP, e o que estabelece o art. 183 da LEP, que delimita o período da medida de segurança ao prever que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, dessa forma, ser mais gravosa do que a própria pena. Com base nisso, concluiu que, embora o §1º do art. 97 do CP disponha ser indeterminado o prazo da imposição de medida de segurança, a interpretação a ser dada a esse preceito deve ser teleológica, sistemática, de modo a não conflitar com as mencionadas previsões legal e constitucional que vedam a possibilidade de prisão perpétua. Após, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. (CP: "Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos. ... Art. 97. ... §1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos."; LEP: "Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.").

HC 84219/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 9.11.2004. (HC-84219)

Após a instituição da lei n. 13.964/2019, houve a modificação do art. 75 do Código Penal, que dilatou o tempo de cumprimento da pena, o qual não poderão ultrapassar o limite de 40 anos, *verbis*:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

Assim, em decorrência da característica da impossibilidade de a norma penal maléfica retroagir – sendo sua aplicação possível apenas através do princípio do *tempus regit actum*, no presente caso – entendemos que os fatos penalmente relevantes cometidos anteriormente ao vigor da norma deverão seguir o entendimento supracitado, qual seja, o de tempo máximo de 30 anos de medida de segurança.

Ainda a respeito do caráter indefinido da medida de segurança, vários autores sustentam que, a partir da lei n.10216/2001, mais conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, o artigo 97 foi revogado tacitamente. Veremos mais a respeito deste aspecto no tópico a seguir.

3 CUMPRIMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA LEI Nº 10.216/2001

Mesmo que a Medida de Segurança não seja considerada a punição para um crime, na prática percebemos que, infelizmente, sua aplicação se deu por muito tempo em condições precárias, tais como as que vemos ocorrer em casos como os de criminosos condenados, que cumprem penas em estabelecimentos prisionais submetidos a inúmeras violações de direitos humanos, em consequência da superlotação dos presídios.

Atentando-se a este fato, Freitas (2014) entende que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser presente na aplicação da medida de segurança, uma vez que este é princípio norteador de todo o processo penal.

A Constituição Federal de 1988 coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no seu art. 1º. O princípio da dignidade da pessoa humana deve estar presente em todas as fases do processo penal e da aplicação da sanção penal, incluída nesta a medida de segurança.

Mesmo com o dever de observância e proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando no cumprimento da medida de segurança, o cenário fático vislumbrado por Freitas (2014) demonstra a fragilidade que este princípio se encontra, uma vez que, assim como ocorre com os presídios brasileiros, os hospitais de custódia brasileiros também não são apropriados a evitar a violação da dignidade da pessoa humana, garantida constitucionalmente à todos.

Além disso, a autora traz a luz a importância de o ambiente possuir a individualização na execução da medida de segurança e a presença de profissionais capacitados para lidar com o “delinqüente-doente”:

Atualmente, a situação dos presídios e hospitais judiciários brasileiros atentam contra a mínima parcela de dignidade do detento. Como expõe Eduardo Reale Ferrari:

O princípio da dignidade da pessoa humana exige que as autoridades administrativas confirmem ao delinqüente-doente condições mínimas a tratamento, destacando-se, essencialmente, salubridade no ambiente institucional, presença de profissionais habilitados laborando na instituição, progressividade terapêutica, individualização na execução da medida de segurança criminal e, especialmente, transmissão de valores essenciais à convivência em uma livre sociedade político-pluralista.

Por fim, Freitas (2014) traz o argumento da necessidade de o internado ter seus direitos e garantias resguardados, tais como ocorre com os apenados durante o cumprimento da sanção penal:

Embasado no mesmo princípio constitucional, Marco Polo Levorin afirma que na medida de segurança o internado deve ter resguardadas todas as garantias da sanção penal, incluindo a limitação da ação do Estado através de um prazo-limite de duração para a sua internação,

de maneira a evitar-se a crueldade e garantir-se um sofrimento mínimo ao indivíduo.

Além disso, a autora destaca a necessidade de o Estado limitar o prazo-limite de duração para a internação do paciente, a fim de ser garantido o mínimo sofrimento a este indivíduo. Sobre este aspecto, cabe salientar que a lei n.10216/2001 – ou Lei da Reforma Psiquiátrica – trouxe algumas mudanças para o cumprimento da medida de segurança, procurando dar um tratamento mais humanizado ao doente mental.

Nesse sentido, Prado e Schindler (2017) criticam a aplicabilidade da internação, disposta no art. 97, do CP posto que tal medida trata como fato “normal” o encarceramento de pessoas, promovendo ao revés do acreditado reforço à “exclusão social e desculturação” daqueles que não tem capacidade de compreender as consequências de suas ações:

A partir da análise da legislação penal, especificamente, do art. 97 do Código Penal, considerando as espécies de medida de segurança previstas – internação e tratamento ambulatorial –, verifica-se que a primeira é aquela que, em regra, deve ser aplicada pelo juiz, enquanto o tratamento ambulatorial deve ser exceção, isto é, o juiz poderá determinar o tratamento extra-hospitalar apenas se o fato previsto como crime for punível com detenção

O referido dispositivo legal torna legítima, na prática jurídica, a cultura do encarceramento para solução de problemas relacionados ao cometimento de atos ilícitos, mesmo por aqueles que sofrem de transtornos mentais. .Ao mesmo tempo, reforça a exclusão social dessas pessoas, porque, assim como a pena privativa de liberdade, a internação compulsória em instituições totais não favorece mudanças positivas em relação ao indivíduo em relação ao contexto que o rodeia, mas acarreta um processo de “desculturação” (BARATTA, 2002, p. 183), de perda da identidade, de “desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade” (GOFFMAN, 1974, p. 11), por exemplo

Nesse sentido, é importante que o instituto da Medida de Segurança seja pautado pela Lei de Reforma Psiquiátrica, para que o cumprimento desta determinação judicial leve em consideração à peculiaridades e verdadeiras limitações dos agentes, que também possuem direitos além dos deveres, e merece ser lhe garantida a proteção e o respeitado a dignidade da pessoa humana do paciente.

CONCLUSÃO

A medida de segurança é instrumento estatal que visa, em tese, curar o paciente que cometeu um ato ilícito não considerado como crime, pela ausência elemento indispensável a sua configuração: *in casu*, a culpabilidade, o qual isenta o agente de pena, porém o submete a medida curativa por meio da aplicabilidade da medida em análise.

Durante o decorrer do artigo, a proposta seria realizar uma análise crítica a respeito do cumprimento da medida de segurança à luz da Constituição Federal, procurando explorar soluções, com o fito de evitar lesão, ou perigo de lesão, a garantia constitucional da proibição da pena de caráter perpétuo, consoante art. 5º, XLVII, b.

A princípio, com a indeterminação dada à medida de segurança, havia a insegurança jurídica de que este caráter indeterminado poderia fazer com que os pacientes que tenham quadro irreversível de alguma doença mental grave ficassem privados de liberdade até morte, onde verifica-se materialmente concretizada a pena de caráter perpétuo, que tem expressa vedação constitucional.

A partir desta situação temerária, torna-se necessária a integração da norma penal, através de outras fontes do direito, como a doutrina e a jurisprudência. No debate das questões suscitadas, foram produzidos vários precedentes que limitam a interpretação do art.96 do CP, entendendo que não seria possível manter o caráter indeterminado da medida de segurança, uma vez que essa disposição violaria direitos e garantias fundamentais.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça formulou a Súmula 527, estipulando que “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Lado outro o Supremo Tribunal Federal ao analisar o mesmo fato, entendeu que o período máximo para o cumprimento da Medida de Segurança deveria respeitar o prazo máximo destinado ao cumprimento de penas, que na época do julgado eram 30 anos e atualmente com o “pacote anticrime” Lei 13.964/2019 passou a ser 40 anos.

Desta análise podemos concluir que a Jurisprudência portanto, foi de suma importância para a melhor interpretação e aplicação da lei penal, embora não tenha sido totalmente suficiente para garantir a proteção aos direitos e garantias fundamentais do doente mental “paciente” da referida medida.

Dessa maneira, a presente pesquisa pretendeu analisar maneiras de assegurar o cumprimento da garantia constitucional de vedação de prisão perpétua na medida de segurança, estudando o caráter da medida de segurança, suas características e o porquê da necessidade de sua existência, além de destacar fundamentos trazidos pela doutrina que trazem importantes comentários a respeito da Lei de Reforma Psiquiátrica e a subsídios para a melhor aplicação da Medida de Segurança.

REFERÊNCIAS

BARROS, L F. **Crimes violentos: ponto comum entre portadores de doenças mentais e estudantes de medicina?** Rev. Bras. Psiquiatr. vol.21 n.4 São Paulo Dec. 1999. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44461999000400007

BRASIL. **DECRETO-LEI N. 2.848: Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **LEI Nº 13.964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Súmula 527 do STJ anotada (medida de segurança)**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/699637409/sumula-527-do-stj-anotada-medida-de-seguranca>

FREITAS, A C. **Medida de segurança: princípios e aplicação**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8536/Medida-de-seguranca-principios-e-aplicacao#>

LEOPOLDO, J. **Conceito e origem da pena**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75036/conceito-e-origem-da-pena#sdfnote3sym>

MARTINS, J. **Conceito analítico de crime e teoria da ação**. Disponível em: <https://joamartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934887/conceito-analitico-de-crime-e-teoria-da-acao#>.

MATHES, P G; SILVA, F B. **Saúde mental e o campo sociojurídico: o "estado da arte do debate" com a reforma psiquiátrica**. Disponível em: <https://scielosp.org/article/sausoc/2012.v21n3/529-542/>

MESQUITA, M C P. **Do princípio da inafastabilidade da jurisdição**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24807/do-principio-da-inafastabilidade-da-jurisdicao>

MITJAVILA, M R; MATHES, P G. **Doença mental e periculosidade criminal na psiquiatria contemporânea: estratégias discursivas e modelos etiológicos**. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 22 [4]: 1377-1395, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v22n4/a07v22n4.pdf>

PERES, M F T. **A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702002000200006&lng=pt&tlng=pt

PRADO, A M; SCHINDLER, D. **A medida de segurança na contramão da lei de reforma psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO, V. 13 N. 2. 628-652, MAIO-AGO 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0628.pdf>

PRADO, L R. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

SILVA, E Q; BRANDI C Q A C S. **“Essa medida de segurança é infinita ou tem prazo de vencimento?” – interlocuções e desafios entre o Direito e a Psicologia no contexto judiciário**. Ciência & Saúde Coletiva, 19(9): 3947-3954, 2014

SILVA, H C. **Reforma psiquiátrica nas medidas de segurança: a experiência goiana do paili.** Rev Bras Crescimento Desenvolvimento Hum. 2010; 20(1): 112-115

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo nº 535.** Brasília, 12 de março de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270535%27>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo 369.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo369.htm#>

A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

DANILO DE FREITAS GONÇALVES:
Graduando em Direito pelas Faculdades
Integradas Fipar – FIPAR.

IVAN MATEUS SALUSTIANO DE FREITAS¹¹

(orientador)

RESUMO: Com o forte nível de insegurança social, bem como a falta de segurança pública disponibilizada pelo estado ouve a necessidade da criação de mecanismos que visem a redução das formas de violência e o aumento da seguridade populacional, com isso ouve a promulgação do estatuto do desarmamento, o qual tinha como objetivo a redução dos usos de armas ao povo, o que, se esperava que, conseqüentemente reduzisse a utilização de armas por parte dos grupos criminosos. Entretanto, uma vez que a seguridade apenas diminuiu, em contraste com o aumento do armamento criminoso, entende-se que não houve a objetivação concreta do caráter protetivo da referida legislação. Neste contexto, o objetivo do presente trabalho é a análise do estatuto do desarmamento em comparação com a realidade fática buscando compreender os limites de sua eficácia, bem como encontrar modos eficientes de garantir a segurança a população. Para tanto, na elaboração deste trabalho será feita vasta pesquisa de cunho bibliográfico, com a análise de livros, textos, artigos e doutrinas especializadas sobre o assunto, bem como acerca da segurança popular atualmente.

Palavras-chave: Estatuto do desarmamento. Segurança pública. Armas. Proteção.

Sumário: 1. Introdução – 2. Do uso de armas de fogo: 2.1. Do estatuto do desarmamento; 2.2. Do impacto causado pelo estatuto do desarmamento. 3. Considerações finais. 4. Referencias.

I. INTRODUÇÃO

O uso de armas de fogo ocorre desde o século IX d.C. quando os chineses inventaram a pólvora. Com o aperfeiçoamento e desenvolvimento de armas menores e de manuseio individual com capacidade de fogo cada vez maior, as diversas nações mundiais foram aderindo ao uso.

¹¹ Especialista em Direito Administrativo, Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS.

O Estatuto do Desarmamento no Brasil surge da necessidade do Estado e da sociedade para a redução da criminalidade e o combate à violência, através da restrição do acesso às armas de fogo.

No entanto, referida lei não atende sua finalidade, que é “aliviar o estado crítico de insegurança pública” (BRASIL, 2003), constituindo-se apenas na violação de um direito do cidadão, visto que além de não ser um instrumento eficaz no combate à criminalidade, o desarmamento apresenta restrição ao exercício de direitos individuais, representando assim, uma legislação restritiva. O teste psicológico é o maior responsável pela reprovação dos candidatos a ter o porte de arma de fogo autorizado pela Polícia Federal e enquadrado nas legislações específicas que tratam da temática em questão.

A população anseia por dias de paz, porém é sabido que a partir da promulgação do Estatuto do Desarmamento, o índice de homicídios aumentou, houve pequena diminuição das mortes com o uso de armas de fogo, com aumento do uso de armas brancas.

Conclui-se que os cidadãos de bem estão cada dia mais oprimidos, indefesos e impossibilitados de reagir perante a violência e o abuso de bandidos fortemente armados, diante da ineficácia do Estatuto do Desarmamento para o fim a que foi criado.

2. DO USO DE ARMAS DE FOGO:

Inicia-se com as sábias palavras do Ministro aposentado do Superior Tribunal Militar, que assim advoga:

Desarmar as vítimas é dar segurança aos facínoras [...]. O cidadão de bem tem o direito de possuir uma arma para se defender dos criminosos [...]. Os bandidos já se sentem muito mais seguros para atacar os pobres, os trabalhadores e os homens de bem, porque sabem que provavelmente irão enfrentar pessoas desarmadas [...]. Uma sociedade em que apenas a polícia e os facínoras podem estar armados não é e nem será uma sociedade democrática [...] (BIERRENBACH, 2003, s.p).

O Código Criminal do Império de 1830 já trazia uma previsão de restrição da utilização de armas por parte dos cidadãos. O Brasil tem histórico de proibição do uso de armas lesivas, muito embora seja um país com enorme potencial armamentista. A indústria armamentista brasileira é considerada um fenômeno.

O Decreto nº 3.688, já em 03 de outubro de 1941, previu, em seu artigo 19, o crime de porte ilegal de armas, in verbis: “Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas cumulativamente” (BRASIL, 1941).

Em 1997, portar armas de fogo sem a devida regularização passou a ser tratada como crime através da Lei n. 9.437 de 20 de fevereiro de 1997, instituindo no âmbito o Sistema Nacional de Armas (SINARM), classificando os crimes e as penas relativos ao porte e a utilização de armas de fogo em desacordo com determinação legal (BATISTA, 2009).

2.1. Do estatuto do desarmamento:

Em 2003, elabora-se a Lei n. 10.826, um dispositivo mais rigoroso, conhecido como estatuto do Desarmamento, objeto de nosso estudo. Foi assinado no dia 15 de janeiro de 2019 o Decreto n° 9.685 que alterou o artigo 12, 15, 16, 18, 30 e 67-C do referido Estatuto, facilitando a posse de armas de fogo, desde que se atendam os requisitos.

Segundo Martins (2014), as leis que proíbem o porte de armas se tornam ineficazes, porque apenas desarmam os cidadãos que não estão propensos a se envolver em ações criminosas. Assim, não se verifica uma redução de homicídios, agravando a problemática ao oferecer mais confiança para quem assalta, sabendo que a vítima está desarmada. Nesse contexto, Lira (2013) entende que o legislador acreditou na garantia de proteção da população de bem, assim como na vantagem da força do Estado, em relação à ordem social. Mas, a ineficiência da política do desarmamento é sentida na análise do impacto dessa ação na vida privada, fazendo com que a sociedade dependa unicamente do Estado.

Como já conhecido é o nosso Estatuto do Desarmamento, vemos que divide muitas opiniões, mas são duas as bases, a primeira é a dos anti-armamentistas, que são contra a posse e ao porte de armas, principalmente para os civis que não possuem nenhuma atividade de risco. De outro lado ficam os defensores do porte de armas, que têm muitas restrições na Lei pelo fato de um dos requisitos para se obter é a subjetividade.

O resultado de subjetividade é obtido através de um instrumento padronizado e objetivo de psicologia, utilizado para averiguar fenômenos e processos de comportamentos humano. Visando proporcionar maior acerto na decisão do examinador.

Analisando o contexto que vivemos hoje em dia, fica evidente que é praticamente impossível barrar a invasão de um indivíduo que está armado, o reprimir a ofensa do agressor sem poder ter pelo menos a posse de uma arma de fogo. Essa narrativa corriqueira nos telejornais do Brasil todo fere nosso artigo 5º, Inciso XI da CF que fala:

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:

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...) (BRASIL, 1988).

Quando uma pessoa porta ou tem a posse de uma arma, os índices de violência diminuem, por causa de sua capacidade de defesa que aumenta ou iguala ao potencial ofensivo do criminoso; que fica intimidado em empreitar investida sabendo que sua vítima não se encontra em total indefesa. E isso fica evidente no caso se não existisse o Estatuto que dificulta muito essa possibilidade. O criminoso não arriscaria como acontece hoje, pois saberia que a chance de encontrar outra pessoa dentro de sua residência ou estabelecimento comercial ou até mesmo na rua andando a pé ou em seu veículo, com um poder de resposta igual ou até mesmo maior que o seu, evitaria a ação na maioria das vezes.

Nesse sentido, segundo estudos feitos por John R. Lott Jr. e David Mustard “O fato das pessoas portarem armas ocultas mantém os criminosos incertos quanto as suas vítimas, pois não sabem se as mesmas estão armadas.” (in TEIXEIRA, 2018, p. 14).

Fica provada a eficácia e a intimidação que trás o porte e a posse aos criminosos que pretendem prejudicar outrem.

Atendidos os requisitos marcados na lei, não há justificativa plausível para impedir os cidadãos, com capacidade civil e penal plenas ao exercício do direito de propriedade. É certo que o bem – arma de fogo – possui uma natureza especialíssima, mas, nem por isso, pode servir como argumento para discriminar, genericamente, as diversas classes de brasileiros (FACCIOLLI, 2016, p. 96).

Essa fala do autor supra, explica que fere o princípio da isonomia, que é muito conhecido como princípio da igualdade. A Lei deixa uma brecha sobre ter o porte ou a posse de uma arma de fogo de uso permitido pelo Decreto n. 5.123/04, que regulamentou a Lei n. 10.826/03, onde fala em seu artigo 22:

Art. 22. O Porte de Arma de Fogo de uso permitido, vinculado ao prévio registro da arma e ao cadastro no SINARM, será expedido pela Polícia Federal, em todo o território nacional, em caráter excepcional, desde que atendidos os requisitos previstos nos incisos I, II e III do § 1º do art. 10 da Lei no 10.826, de 2003. (Redação dada pelo Decreto nº 6.715, de 2008) (BRASIL, 2008).

Destacam-se os seguintes requisitos:

- I - demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física;
- II - atender às exigências previstas no art. 4º desta Lei;
- III - apresentar documentação de propriedade de arma de fogo, bem como o seu devido registro no órgão competente (BRASIL, 2008).

Ainda segundo Faccioli: “A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido é ato sujeito ao preenchimento dos requisitos legais e a um juízo favorável de conveniência e oportunidade por parte de Administração” (FACCIOLLI, 2016, p. 101).

Vê-se, então, através dos ensinamentos passados pelo autor, que a Lei n. 10.826/03, acaba com o direito à legítima defesa, à vida, à segurança, à inviabilidade do domicílio. Segundo João Luís Vieira Teixeira:

O cidadão de bem, que paga seus impostos, trabalha e se sustenta honestamente, sente-se desprotegido, ficando à mercê dos marginais que agem em número cada vez maior, atentando contra seu patrimônio e contra a sua vida. Quem nunca foi ou não conhece alguém que foi assaltado, sequestrado ou que teve algum bem furtado? Para fugir desses perigos e sabendo que as organizações policiais não são onipresentes e, mesmo que fossem, não possuem equipamentos adequados nem efetivos suficientes para prover sua segurança, as pessoas recorrem ao uso de armas de fogo para efetuar sua autodefesa e ficarem, ou ao menos tentarem ficar, imunes à violência que está a sua frente (TEIXEIRA, 2018, p. 15).

O autor evidenciou a vida que o brasileiro leva hoje no Brasil, trata-se de uma necessidade quase que fundamental, quando comparado com a capacidade que o Estado tem de proteger o cidadão da violência dos Grandes Centros Urbanos. Este item restrito ao povo não é mais artigo de exibição ou somente para hobby (lazer), mas tido como ferramenta de defesa pessoal que pode salvar vidas. Só que o problema é que essas pessoas que recorrem a esse recurso são as acusadas pela sociedade de estarem contribuindo decisivamente para o aumento da violência, que só piora no país.

Ainda nos ensinamentos de João Luís Vieira Teixeira:

Se os marginais utilizam essas armas para cometer seus crimes, de nada adianta ao cidadão, que quer se ver em segurança, utilizar armas brancas, como as facas, por exemplo, ou outros instrumentos para promover sua autodefesa. Ele terá de utilizar meios suficientes para se defender à altura da agressão. E a opção, atualmente, é a arma de fogo. Se utilizar outro meio, corre o sério risco deste ser ineficaz para os propósitos a que se destina. Não se pode querer enfrentar com uma espada um agressor que porta uma arma de fogo. Ou, como de um pensamento bem conhecido, “Fogo se combate com fogo”. Devemos usar os meios adequados a essa finalidade, que é a defesa de nossos direitos. E esses meios são as armas de fogo. Alarmes, grades, ofendículos ou cães de guarda podem evitar surpresas desagradáveis em nossas residências. Mas, e se o

criminoso conseguir driblar essas barreiras? O que se poderá fazer nesses casos, estando você e sua família dentro de casa, desarmada? Rezar para que haja alguma viatura policial disponível próxima de sua casa e que dê tempo de os policiais chegarem antes de o pior acontecer. Nesses casos um simples disparo de advertência (o conhecido “tiro para cima”) resolve a maioria das ocorrências (TEIXEIRA, 2018, p. 20).

Essas falas mostram a eficácia de uma arma de fogo dentro de casa, para proteção da família e do patrimônio. Pode ser resolvido com um simples disparo para cima, que mostra ao mau elemento que existe um poder de fogo dentro da residência ou estabelecimento comercial, fazendo com que na maioria dos casos desistam de cometer o crime. A intenção é a segurança da integridade física pessoal e familiar, e do patrimônio que uma pessoa de bem possa ter ou têm.

2.2. Dos impactos causados pelo estatuto do desarmamento:

Quando na criação do Estatuto do desarmamento, teve um Referendo Popular, que era da própria Lei n. 10.826/2003, dizia que para a mesma entrar em vigor, teria que a população escolher fazendo uma votação para tanto. E como citado pelo autor João Luís Vieira Teixeira:

Foram duas Frentes Parlamentares, apoiadas por entidades civis, encarregadas pela “campanha” no referendo. Uma a favor da proibição, a campanha do “sim”, e uma contra a proibição, a turma do não. Por sorteio foi definido que o voto “não”, portanto, contrário à proibição, corresponderia o n. “1” e, o voto “sim”, ao n. “2”.

Houve diversos debates – dos quais, inclusive, este Autor participou de mais de uma dezena, discutindo com vereadores, deputados, advogados, professores, policiais, especialistas em segurança pública e etc. -, campanhas em rádio e televisão, distribuição de panfletos e até colocação de outdoors, como ocorreu com a campanha do voto “não” no Estado do Paraná, e pelo voto “sim”, em diversos Estados da Federação.

Na campanha pelo voto “sim”, algumas das entidades mais destacadas foram o Instituto Sou da Paz e o Movimento Viva Rio, além de inúmeros artistas televisivos. Pelo voto “não”, destacaram-se entre outras a Apaddi “Associação Paulista de Defesa dos Direitos e das Liberdades Individuais), A Associação Brasileira Pela Legítima Defesa e o Movimento Viva Brasil, além de diversos civis, empresários e estudiosos do tema.

Os argumentos foram defendidos, acaloradamente, por ambos os lados. Todavia, o voto “sim” apelava ao sentimentalismo e à necessidade de se criar uma “cultura de paz”, enquanto o voto “não” batia na tecla de que, sendo o Estado omissivo na área da segurança pública, ele próprio não poderia impedir alguém de promover sua autodefesa. Não se defendia a venda indiscriminada de armas de fogo, mas a manutenção de um direito básico: o da legítima defesa, previsto em código Penal, em seu art. 25.”, “Ao final, contrariando absolutamente todos os institutos de pesquisa consultados e se tornando matéria de destaque internacional, o voto “não” venceu com 63,94% dos votos (TEIXEIRA, 2018, p. 22).

Foi incontestável a vitória para que continuasse liberado sem as burocracias que veriam a seguir. Foram gastos mais de R\$ 250 milhões de reais com a consulta popular. Pena não ter sido respeitada.

Segundo os autores Flávio Quintela e Bene Barbosa:

Sabe qual é um dos maiores problemas das sociedades modernas? Resposta fácil: muitas pessoas acreditam que o Estado é como o seu país, e agem como criança. É por causa desse comportamento que vemos a ascensão de tantos líderes messiânicos, que assumem a posição de “pai” ou mãe do povo, e dali fazem valer sua vontade individual sobre milhões de pessoas (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 50).

Como visto na fala dos autores, um dos maiores erros das pessoas é achar que ela pode ser nosso pai e nossa mãe, deixando a controlar nós todos. O certo é fazer com que cumpram nossa vontade, e não deixar com que proibissem através de burocracia o porte e a posse de armas.

Pesquisas citada por João Luís Vieira Teixeira:

Os automóveis matam mais do que qualquer outro meio violento, mas as pessoas não se atentam a este fato. No Brasil, os atropelamentos matavam, no começo da década, cerca de 114 pessoas a cada dia. Hoje, o número passa de 130. Isso corresponde ao número de mortos em um gravíssimo acidente aéreo. Mas damos mais destaque a um acidente aéreo que é difícil de ocorrer, em vez de atentarmos ao fato de que esse mesmo número de pessoas morre, por dia, em nosso país, vítimas de atropelamentos (TEIXEIRA, 2018, 25).

O que o autor quis dizer com isso é que, será que a maioria dos acidentes de carros acontece por culpa dos carros? Ou é imprudência, negligência ou imperícia? Na maioria

das vezes, 90% das vezes, a culpa é da pessoa que conduz. Então ele cita esse exemplo para que possa refletir e pensar, porque uma arma dessa é liberada com tanta facilidade, e o porte de armas curtas tem tanta burocracia, sendo que o teste para que seja autorizado é muito mais complexo. E os índices de mortes por dia nunca atingiram a média que os carros matam.

Os vilões e responsáveis pela crueldade imposta à sociedade é o ser humano que manuseia uma arma de fogo com finalidade criminosa praticar diversas formas de delito.

Diante das penas previstas na Lei n. 10.826/03, fala no artigo 12 que é ilegal portar uma arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mesmo que dentro da sua própria residência, penalizando com detenção de 01 a 03 anos, com multa.

Mas se torna confrontado analisando o artigo 23 do Código Penal, que mostra:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984);

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984);

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Subentende-se que se alguém precisar de uma arma porque está correndo risco de vida, e vai no comércio adquirir essa arma, chegando lá não é liberada a compra por “não cumprir os requisitos”. Fica totalmente errado, porque pelo que fala na lei, essa pessoa teria o direito de adquirir a arma para que caso precise, use em legítima defesa por um risco iminente, amparada nas causas excludentes de ilicitude.

Vejamos o que diz Lira (2013, p. 18) sobre o assunto:

É difícil separar o direito de ter e usar armas do direito à vida. Tais direitos têm entre si uma relação que é da mesma natureza entre o direito à vida e o direito à legítima defesa – são profundamente conexos, até inseparáveis. Não há garantia de vida, se o indivíduo não tem o respectivo direito de se defender legitimamente de um agressor que lhe queira tirar a vida. E não há garantia de defesa, se o indivíduo não pode dispor de instrumentos que lhe sirvam como um meio de resistir proporcionalmente aos meios empregados pelo ofensor. Tal ideia é óbvia demais para ser negada, e de tal forma, permite estabelecer uma corrente de ligação entre tais direitos, em que um é decorrente e ao mesmo tempo necessário em relação ao anterior.

A Lei do Desarmamento subtrai parte do direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 ao se referir da inviolabilidade do direito à vida. Quando se retira a sua capacidade de defesa, submetes o cidadão a uma extrema vulnerabilidade diante de um cenário hostil e violento ao qual o Brasil se encontra.

O Estado de Direito tem a capacidade de proporcionar liberdade que no tempo da Idade Média nem se quer podia ser sonhada. Na atualidade certas intervenções do Estado nas relações dos particulares de forma equivocada, joga novamente a sociedade em um estado de privação de liberdade, medo, insegurança; refém constante da criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivo deste artigo é demonstrar que a lei do Desarmamento não contribuiu para redução da criminalidade, o que se pode constatar no dia a dia e através dos noticiários foi uma escalada da barbárie contra a população. Desassistida de Segurança Pública e de instrumentos de defesa pessoal.

A educação é a maior arma que temos para contribuir com o combate à violência e criminalidade. A paz é uma busca constante por todos, e se constrói com a participação de todos, com leis e políticas de segurança pública, com solidariedade, educação; e o combate à violência pressupõe-se o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Porém, os legisladores optaram por leis. A Lei de Armas de fogo (Lei n. 9.437/97) tentou controlar e diminuir a quantidade de armas circulando no país e instituindo uma pena para o porte ilegal maior do que a antiga Lei das Contravenções Penais.

Por outro lado, o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03), a mais restritiva legislação já produzida no Brasil e uma das mais restritivas do planeta acerca do tema foi promulgada, e os resultados foram uma miragem no deserto, a escalada dos índices de barbáries, violência e homicídios causados por armas de fogo, onde a vítima desarmada fica à mercê da vontade alheia.

Esse índice vem crescendo gradativamente e parece que o Poder Público fecha os olhos para esse problema, quando se omite em proporcionar a defesa de seus cidadãos ou condições para que o mesmo possa fazer.

O Poder Público tem que aumentar seus investimentos em educação, melhorar o Índice de Desenvolvimento Humano; garantindo assim uma vida digna para que todos possam se desenvolver como seres humanos e prosperar. Objetivando como efeito colateral das melhorias, mais segurança e queda nos crimes patrimoniais. Dessa forma não precisaria o cidadão de bem portar arma de fogo para proteção pessoal, patrimonial e familiar.

O individuo deve ter o seu direito de defesa igualado a capacidade de ofensa do criminoso armado e sem medo de agir, sabendo que a população se encontra sem aparato algum de defesa por parte do Estado ou própria.

Vemos isso no dia-a-dia em telejornais que mostram os índices e acontecimentos de assaltos na rua, em residências e a maioria das vezes a mão armada, e como sempre a pessoa de bem, não tinha como se defender porque em respeito à Lei do Desarmamento não pode ter um registro ou o porte de arma de fogo principalmente pela subjetividade que é o requisito onde mais se reprova.

Com a tirada da Subjetividade que temos quando vamos tirar o porte de armas, a população vai poder se defender dos malfeitores e isso não vai fazer aumentar as mortes, porque sabendo que a pessoa de bem está armada, a chance de tentar assaltar uma pessoa diminui drasticamente pelo receio da pessoa de bem reagir também. Isso que têm que ser analisado pelo Poder Público, o benefício que traria o porte de armas, mas para isso tem que ser tirada a subjetividade do requisito para o porte de armas.

Só com a divulgação da desburocratização do porte de armas, já reduziria, como dito acima a ação dos malfeitores.

O objetivo reduzir a criminalidade, violência proporcionar um pouco que seja de vida digna, liberdade para quem escravo da barbárie nas Metrôpolis brasileiras.

Mudança é um dever do Estado; educação é um direito e responsabilidade de todos. Conclui-se que desarmar o cidadão civil não é uma política efetiva de segurança pública. O Brasil deve escolher as armas para enfrentar o futuro: Educação, mudanças!

REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flávio. **Mentiram pra mim sobre o desarmamento**. 1ed. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

BATISTA, Liduína Araújo. O Uso de Armas de Fogo no Brasil, a Violência e o Estatuto do Desarmamento. JurisWay. Sistema Educacional Online, 2009. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1372 Acesso: 25 abr. 2020.

BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. Armas de Fogo e Cidadania. Publicado em 23 mai. 2003. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso: 20 abr. 2020.

BRASIL. Constituição, Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL. Decreto nº 9.685 de 15 de janeiro de 2019. Altera o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. Revogado pelo Decreto nº 9.785, de 2019. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9685.htm. Acesso: 15 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.688, já em 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso: 15 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. Revogado pelo Decreto nº 9.785, de 2019. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm. Acesso: 15 mai. 2020.

BRASIL. Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso: 05 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. Revogado pela Lei nº 10.826, de 22.12.2003. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm. Acesso: 10 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Arma de Fogo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, 14 vol. Ed Saraiva. São Paulo, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 23 vol. Ed. Saraiva. São Paulo, 2019.

DEFESA, Instituto de. A Ineficácia do Estatuto do Desarmamento na Redução da Criminalidade. Disponível em: <https://www.defesa.org/a-ineficacia-do-estatuto-do-desarmamento-na-reducao-da-criminalidade/>. Acesso: 02 abr. 2020.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo**. 10 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

LIRA, Victor Hugo Santos de. Vida, legítima defesa e segurança: o acesso a armas de fogo como direito fundamental. 2013. 71 fls. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió-AL, 2013.

LOTT, John R. Jr. Mais Armas Significam Menos Crimes. Disponível em: <http://www.armaria.com.br/maisarma.htm/>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

MARTINS, Marcelo de Souza. Políticas públicas de desarmamento e o direito à legítima defesa do cidadão pelo uso de armas de fogo. 2014. 72 fls. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Centro Universitário de Lavras. Lavras-MG, 2014.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **Armas de Fogo**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2018.

A INVIABILIDADE NA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA EM REEXAME NECESSÁRIO

DANIEL CARVALHO OLIVEIRA:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Analista Judiciário do TRT da 9ª Região.

RESUMO: O artigo tem como objetivo examinar o tema da impossibilidade da interposição de recursos especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário, adotando-se um posicionamento explícito acerca do tema.

Palavras-chave: reexame necessário, princípios fundamentais, recurso especial, recurso extraordinário, jurisprudência, isonomia, acesso à justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A proibição da *reformatio in pejus* e a impossibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial em reexame necessário; 3. A deficiência de armas como critério para concessão de privilégios à Fazenda Pública e o princípio da efetividade; 4. O princípio da confiança e da boa-fé objetiva como óbices ao manejo dos recursos de natureza excepcional em reexame necessário; 5. A preclusão lógica e a falta de interesse recursal, com empecilhos ao recurso especial e extraordinário em reexame necessário; 6. Conclusões; 7. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade a análise da impossibilidade da interposição de recursos especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário.

Serão analisados, de forma aprofundada, os princípios fundamentais para a necessária compreensão do tema, especialmente a igualdade, o acesso à justiça e a confiança. Além disso, serão também examinados os recursos de natureza extraordinária e o instituto do reexame necessário. Explicitar-se-á o entendimento adotado pelo presente trabalho com a exposição de argumentos favoráveis ao entendimento sobre a impossibilidade da interposição de recursos especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário. Far-se-á um cotejo entre o posicionamento adotado e o entendimento da doutrina e dos Tribunais sobre o assunto.

2. A proibição da *reformatio in pejus* e a impossibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial em reexame necessário

A regra da vedação da *reformatio in pejus* consiste na impossibilidade de, no julgamento de um recurso, a decisão prolatada prejudicar aquele sujeito processual que recorre, piorando a sua situação. É uma decorrência lógica do princípio dispositivo, uma vez

que o juízo *ad quem* somente analisará a matéria que foi, por meio da interposição de recurso, objeto de irrisignação.¹²

Outras matérias estranhas ao recurso interposto permanecerão imodificáveis, caso não haja empachos interpostos pela outra parte objetivando também a reforma da decisão. É a incidência do efeito devolutivo no tocante aos recursos.

Deste modo, na hipótese de uma sentença proferida em uma ação julgar procedentes três dos quatro pedidos feitos pelo autor em sua exordial, poderá o demandante interpor recurso em relação ao único pedido julgado improcedente.

Caso o réu se mantenha inerte, não interpondo qualquer empacho, o juízo *ad quem* apreciará o recurso do autor, restringindo sua análise à irrisignação do demandante em relação a apenas um dos pedidos, os demais pleitos transitarão em julgado¹³.

Pensamento em contrário resultaria em uma solução afrontosa ao princípio dispositivo. Punir-se-ia o recorrente em virtude de seu ato de tentar melhorar sua situação no processo, o que se mostraria ilógico.

Com base nesse entendimento é que se torna plenamente aplicável a vedação da *reformatio in pejus* no campo recursal¹⁴. De conseguinte, somente serão devolvidas ao tribunal as matérias objeto do recurso e não as concernentes à demanda como um todo.¹⁵

Por seu turno, o reexame necessário surgiu no direito brasileiro em 1831 com o objetivo de proteger o erário público de eventuais julgamentos incorretos contra a Fazenda Pública, que poderiam decorrer de fraudes ou da falta de estrutura dos entes federativos.

Malgrado existam intensas discussões sobre seu papel na moderna processualística, não se põe em dúvida qual seria o beneficiário direto da inserção deste instituto no direito pátrio: a Fazenda Pública.

12 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 246.

13 NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 185. Aduz o citado autor: “Em certa medida, o sistema processual vigente entre nós rompeu com as tradições do direito luso-brasileiro, que adotava francamente o instituto do *beneficium commune* relativamente ao recurso de apelação. Era permitido ao tribunal reformar a sentença como bem quisesse, ainda que contra aquele que, sozinho, o interpusera”.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565 - 13ª Ed.* - Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 439.

15 Não se aplica esse entendimento em relação às matérias de ordem pública, as quais podem ser conhecidas pelo juízo *ad quem* independentemente de o recurso abordá-las ou não. Assim, basta existir o recurso em relação a uma matéria da decisão para que as demais estejam sujeitas à apreciação do Tribunal no que toca às matérias de ordem pública, as quais não são limitadas pela vedação da *reformatio in pejus*.

Assim, o legislador, ao impor a remessa obrigatória como uma condição de eficácia da sentença, visou colocar aos cuidados dos Tribunais os processos em que há sentença contrária à Fazenda Pública. Objetivou o reexame da matéria, seja para confirmar a correção da sentença, seja para reformá-la, em favor do ente público, e adequá-la ao entendimento do Juízo *ad quem*. Aduz Flávio Cheim Jorge, *litteris*:

De fato, é inquestionável que a remessa necessária está relacionada e pode ser apontada como uma das prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo. Objetiva-se atingir a segurança de que a sentença proferida contra a Fazenda Pública foi correta. Existe a certeza de que há insuficiência no aparelhamento estatal para defender o interesse público. Diante disso, o legislador determinou que nos casos em que a Fazenda Pública ficasse vencida, a decisão seria novamente revista, pois poderia haver situações em que, devido às dificuldades que o Estado encontra (e o particular não), a mesa pudesse ser prejudicada injustamente.¹⁶

Ao se partir da interpretação teleológica - e histórica - da remessa obrigatória, conclui-se que ela não poderia se afastar de sua finalidade de proteger o patrimônio público. Não seria plausível, por meio do reexame necessário, aumentar a condenação a ser suportada pela Fazenda Pública.

Não se está discutindo as vantagens e desvantagens do reexame necessário no ordenamento pátrio, nem a sua constitucionalidade. O que é posto em relevo é que o legislador de forma sensata - ou insensata - quis nitidamente beneficiar a Fazenda Pública com a inserção da remessa *ex officio*.

A partir das citadas ilações concernentes à finalidade do reexame necessário, surge o questionamento sobre a aplicação da regra processual da vedação da *reformatio in pejus* na remessa obrigatória.

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Nelson Nery Junior, não seria aplicável tal vedação ao reexame necessário, tendo em vista que a indigitada proibição incide no campo eminentemente recursal, em face do princípio dispositivo.

Logo, ao se partir do pressuposto de que a remessa *ex officio* não é realmente um recurso, mas apenas uma condição de eficácia de sentença, não haveria qualquer empecilho para a *reformatio in pejus* ocorrer no reexame necessário, já que a sua vedação restringir-se-ia ao campo recursal. Assim se pronuncia Nelson Nery Junior:

[...] o problema do conteúdo da atividade do tribunal no reexame necessário não é de natureza recursal estrita (efeito devolutivo, *reformatio in pejus* etc.), mas de eficácia da sentença. É impertinente o raciocínio de que o tribunal não pode agravar a situação da Fazenda

16 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 225/226.

Pública, a pretexto de que a) a parte contrária, que não apelou, teria-se (*sic*) conformado com a sentença com a sentença ou que b) haveria *reformatio in pejus* proibida, em desfavor da Fazenda Pública.¹⁷

Deve-se ter em mente, no entanto, que a proibição da *reformatio in pejus* não é de exclusiva aplicação aos recursos, podendo incidir em outras ocasiões. Podem existir outros fundamentos para sua utilização estranhos aos princípios da voluntariedade, da devolutividade e o dispositivo. É o que ocorre em relação ao reexame necessário.

Conforme visto anteriormente, uma das características da remessa obrigatória é a ausência de manifestação das partes, não há um ato voluntário de uma das partes, ou até mesmo do juiz, em remeter o processo para revisão pelo Tribunal. A aludida remessa é decorrente de lei e condiciona a eficácia da sentença proferida, nos termos do art. 496 do CPC.

Assim, o fundamento para a aplicação da proibição da *reformatio in pejus* em reexame necessário não tem como foco a atividade desempenhada pelas partes. A justificativa se circunscreve ao objetivo primordial, e razão de ser, do reexame necessário: proteger o patrimônio público. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

O reexame necessário, exatamente pelo fato de que é instituído para preservar a esfera jurídica da parte vencida, não pode gerar a piora de sua situação, ou mesmo seu agravamento. É nesse sentido a súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁸

Seria ilógico um instituto que visa, em primeira análise, proteger os interesses da Fazenda Pública prejudicá-la ainda mais, por meio de um procedimento *ex officio*, sem a participação da outra parte.¹⁹

Com esse fundamento o STJ, por meio do enunciado da súmula nº 45, consolidou o entendimento²⁰ de que no reexame necessário é vedada a *reformatio in pejus* em face da Fazenda Pública.

17 NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 84.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, volume 2: processo de conhecimento/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*- 6. Ed. Ver. Atual. E ampl. Da obra Manual do Processo do conhecimento- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 623.

19 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 249.

20 PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE. REMESSA NECESSÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS. SÚMULA N. 45/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, não havendo a interposição de apelação do particular, o Tribunal de origem não pode tornar mais grave a condenação imposta à Fazenda Pública, mesmo que em sede de reexame necessário, nos termos da Súmula 45/STJ. 2. Precedentes: REsp 1242130/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.5.2011; AgRg no REsp 1200278/RJ, Rel. Min. Benedito

Entendeu a Corte Superior que permitir a revisão da sentença em prejuízo à Fazenda Pública destoaria da própria razão de ser do reexame necessário²¹ 22. Ao invés de proteger o patrimônio da Fazenda Pública, estar-se-ia elevando o prejuízo sofrido pelo beneficiário direto do instituto da remessa necessária, o que seria um contrassenso.²³ Preleciona Gisele Mazzoni Welsch, com base nos ensinamentos de Jorge Tosta sobre a matéria:

Portanto, toda vez que o tribunal, no julgamento do reexame necessário, impuser à Fazenda Pública situação menos favorável que a estabelecida na sentença, sem que exista recurso da outra parte, tal fato implicará em extrapolação do âmbito de translaticidade da remessa, o que configura vício grave que pode ser corrigido por simples petição, não transitando em julgado o acórdão que pode ser corrigido naquilo que prejudicou a Fazenda Pública. É como se o julgado ferisse a vontade da lei.²⁴

A aplicação da proibição da reforma *in pejus* ao reexame necessário se mostra de grande valia para se entender o porquê de não ser possível a interposição, por parte do réu, de recurso extraordinário ou especial em face de decisão em reexame necessário.

A remessa obrigatória, segundo entendimento jurisprudencial, não pode piorar a situação da Fazenda Pública criada pela sentença. Na pior das hipóteses haverá uma manutenção do que já decidido pelo Juízo *a quo*, decisão da qual a Fazenda Pública deixou de interpor eventual apelação.

Gonçalves, Primeira Turma, DJe 7.10.2010; REsp 1187187/BA, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2.6.2010; REsp 1149216/ES, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.3.2010; EREsp 1188198/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4.6.2010. 3. No caso concreto, apesar de a contribuinte não haver recorrido da sentença, a situação da Fazenda Nacional foi agravada pela Corte de origem, ao afastar os limites da compensação do tributo, previstos no artigo 89, § 3º da Lei 8212/91, sob fundamento de revogação pela MP 449/2008, bem como ao incluir expurgo inflacionário não previsto na sentença no cálculo de liquidação. 4. Recurso especial provido. (STJ, 2ª turma, REsp 1252821/MG, ministro relator: Mauro Campbell Marques, DJ 14/06/2011).

21 Entendendo correto o posicionamento do STJ através da súmula nº 45: WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 82.

22 Em sentido contrário, entendendo pela inconstitucionalidade da súmula nº 45 do STJ: AVARES, Gustavo Machado. *O instituto da remessa necessária e a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 402, 13 ago. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5584>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

23 Inobstante a matéria ter natureza eminentemente infraconstitucional, o STF já se pronunciou pela aplicação da vedação da *reformatio in pejus* no reexame necessário: RE 635655/DF, 1ª turma, Relatora: ministra Cármen Lúcia, DJ: 04/05/2011; RE 396989/GO, 1ª turma, relator: ministro Marco Aurélio, DJ: 03/03/2006; RE 100034, 1ª turma, relator: ministro. RAFAEL MAYER, DJ: 10/02/1984.

24 WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 83.

A não interposição de recurso em relação à sentença, somada com a proibição da *reformatio in pejus*, tem como consequência a ausência de interesse recursal da Fazenda Pública em se buscar a modificação da decisão proferida em reexame necessário.

Logo, não modificando para pior a situação da Administração Pública, não haverá sucumbência que justifique a interposição de recurso especial ou extraordinário, uma vez que precluiu a oportunidade de impugnar a sentença do Juízo de 1º grau e a decisão prolatada pelo Tribunal não gerará uma nova sucumbência, já que não reformará a decisão em prejuízo da Fazenda Pública.

Nesse sentido que se manifestou a Ministra Eliana Calmon no seu voto proferido no recurso especial nº 904.885/SP:

À luz do entendimento consolidado na Súmula 45/STJ [*No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública*], chega a ser incoerente e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, por violar o princípio da igualdade das partes no processo, permitir que a Fazenda Pública, sabedora de que os reflexos jurídicos da sentença em sua esfera jurídica não poderiam ser agravados, e com eles já tendo concordado tacitamente, possa reabrir a discussão em sede de recurso especial, muitas vezes apenas para retardar a entrega da prestação jurisdicional, que envolve maior interesse público e não se confunde com o interesse puramente patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações. Isso sem perder de vista a prerrogativa de prazo em dobro para recorrer de que desfrutam, que indiscutivelmente lhes proporciona tempo suficiente para avaliarem todos os reflexos da sentença.²⁵

Entender que a Fazenda Pública poderá recorrer mesmo diante da regra da vedação da *reformatio in pejus*, a fim de discutir novamente questões já decididas e sobre as quais já ocorreu a preclusão lógica, afronta o princípio da igualdade.

Isso porque, ao admitir os recursos excepcionais em face da remessa obrigatória, dá-se uma amplitude indevida ao reexame necessário. Cria-se privilégios à Fazenda Pública em detrimento do direito da parte contrária, a qual se vê alijada de célere prestação jurisdicional.

O reexame necessário, por ser uma exceção ao princípio da igualdade, deve ter interpretação restritiva. Por isso, seria indevido entender que o ente público poderia novamente se insurgir sobre uma decisão que somente foi remetida ao Tribunal como condição de eficácia da sentença.

²⁵ STJ, 2ª turma, Resp. 904.885/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, DJ: 09/12/2008.

Não é plausível admitir interpretações extensivas, não prevista em lei, sobre a matéria em epígrafe, sob pena de se ferir o próprio Estado de Direito. Há limites aos privilégios da Fazenda Pública, os quais são previstos pelas leis e, sobretudo, pela Constituição Federal. 26

3. A deficiência de armas como critério para concessão de privilégios à Fazenda Pública e o princípio da efetividade

Conforme visto anteriormente, o reexame necessário surgiu no ordenamento jurídico brasileiro não somente como uma forma de evitar fraudes e conluíus em prejuízo ao erário público, mas também com a finalidade de minimizar os efeitos da deficiência da máquina pública.

A ausência de funcionários e mecanismos para proteção do erário público foram utilizados por muito tempo para justificar a existência do reexame necessário em nosso ordenamento.²⁷

Era, segundo seus defensores, plenamente constitucional e legítimo este instituto, tendo em vista que primaria pelo respeito à igualdade em sua faceta material. Noutro falar, igualar-se-iam as partes, sendo a existência de prerrogativas como o reexame necessário de suma importância para minimizar a desvantagem da Fazenda Pública perante o particular.²⁸

Nos tempos atuais, discute-se, tanto doutrinariamente como na jurisprudência, sobre a robustez desses argumentos como legitimadores do reexame necessário. E mais, debate-se sobre a forma de se interpretar o reexame necessário sobre esse prisma da hipossuficiência da Fazenda Pública. Nessa toada se manifesta Flávio Cheim Jorge, *in verbis*:

Existe a certeza de que há insuficiência no aparelhamento estatal para defender o interesse público. Diante disso, o legislador determinou que nos casos em que a Fazenda ficasse vencida, a decisão seria novamente revista, pois poderia haver situações em que, devido às dificuldades que o Estado encontra (e o particular não), a mesma pudesse ser prejudicada injustamente. Funda-se, pois, no princípio da

26 RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. REEXAME DAS QUESTÕES DECIDIDAS E AS DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. MULTA. INCABIMENTO.1. (...). 2. As normas de reexame necessário, por óbvio, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou, o que não é menos grave, a aprofundamentos intoléráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.(...) 4. Recurso parcialmente provido."(STJ, 6ª turma, REsp 445.171/AL, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ: 09/02/2004). (grifo aditado)

27 SPALDING, Mauro. *Execução contra a fazenda pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 131.

28 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o processo civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 42. In: WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.

igualdade e no reconhecimento da situação de inferioridade da Fazenda Pública, quando em juízo.²⁹

Como é sabido, a máquina estatal mudou profundamente desde o advento do reexame necessário em 1831. Em sua origem, o aludido instituto foi gestado em um Estado ainda imperialista, autoritário, no qual os desmandos e arbitrariedades eram frequentes e o corpo de funcionários públicos era ínfimo.

Hodiernamente, sobretudo após o advento da Constituição Cidadã de 1988, o reexame necessário se encontra em outro contexto histórico, em um momento no qual a eficácia e a moralidade se tornaram princípios fundamentais expressos que devem guiar as práticas administrativas (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Sustenta Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

De resto, a justificativa histórica do reexame necessário conspira contra os ideais do sistema processual civil hoje vigente, na medida em que parte do pressuposto de que, contra os interesses da Fazenda Pública, as sentenças não podem produzir seus efeitos senão depois de confirmadas pelo Tribunal respectivo, o que colide frontalmente com a compreensão que se deve dar às funções essenciais à Justiça. De resto, qualquer pressuposição da ausência de tutela adequada dos interesses públicos agride o *caput* do art. 37 da Constituição, que, dentre os princípios regentes da Administração Pública, prevê expressamente a “eficiência”.³⁰

Além disso, paulatinamente se viu os entes da administração pública melhor aparelhados no intuito de proteger seus direitos. Não raramente possui a Fazenda Pública recursos técnicos e financeiros bem maiores do que o particular a fim de proteger seus interesses.

Houve uma inversão de valores. A desigualdade, agora em favor da Fazenda Pública, acaba, em alguns casos, tornando a remessa obrigatória um privilégio indevido ao invés de ser uma prerrogativa do Poder Público para defender interesses de índole coletiva. Assim, os beneficiários da remessa obrigatória passariam à posição de “hipersuficiente”, o que afrontaria o direito fundamental à igualdade.

Nesse contexto é que deve ser interpretado o reexame necessário atualmente. A remessa *ex officio*, não obstante se mantenha no ordenamento jurídico por uma opção do

29 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 226.

30 BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais sucedâneos : técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 412/413.

legislador, deve ser interpretada de maneira restritiva, no intuito de evitar uma exagerada prevalência da Fazenda Pública em detrimento do particular.

Nesse sentido a 3ª Seção do STJ julgou o EREsp nº 168.837/RJ. No citado julgamento constou expressamente a necessidade de interpretação restritiva da remessa obrigatória para fins de interposição de recurso em face de sua decisão.³¹

De mais a mais, não cabe ao Poder Judiciário, com base em interpretações extensivas, tutelar interesses patrimoniais da Fazenda Pública, quando esta, por infração de dever constitucional, deixa de prestar adequadamente e de maneira eficaz a sua atividade fim.

Externou entendimento similar o ministro Mauro Campbell Marques no julgamento do REsp 1052615/SP:

1. O Superior Tribunal de Justiça não pode avocar para si e para o Poder Judiciário o encargo de suprir as fragilidades e a incipiência dos órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas Federal, Estaduais ou Municipais. Cabe aos respectivos Poderes Públicos instituir e bem aparelhar os órgãos representativos das Funções Essenciais à Justiça, de modo a dar efetividade material ao disposto nos artigos 131 a 135, da Constituição Federal de 1988.

2. De outro giro, quando provocado, cabe ao Poder Judiciário, exigir do Poder Público que mantenha adequadamente os seus órgãos jurídicos consultivos e de representação judicial, já que representam garantia do administrado, pois atuam na defesa do patrimônio público e da legalidade.³²

No citado julgado, considerou o ministro - acompanhando o voto vencedor da ministra relatora Eliana Calmon - que não é cabível a interposição de recurso especial em face de decisão proferida em sede de reexame necessário.

31 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*. **2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.** 3. Inaplicabilidade da Súmula nº 77/TFR. 4. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, 3ª Seção, EREsp 168.837/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 05.03.2001). (grifo aditado)
32 STJ, 1ª Seção, REsp 1052615/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, julgamento: 14/10/2009, DJ: 18/12/2009.

Não se mostra plausível a interpretação extensiva da remessa obrigatória, escudada em uma suposta hipossuficiência, no intuito de permitir que possa a Fazenda Pública interpor recurso de decisão proferida em sede de reexame necessário.

Pensamento em contrário teria consequências danosas. A primeira delas seria o desprestígio ao texto constitucional, ao permitir que os entes da administração descumpram a Carta Magna e mesmo assim tenham o aval do Judiciário para usufruir de benesses decorrentes de interpretações favoráveis à Fazenda Pública.

A segunda consequência negativa se relaciona ao próprio desenvolvimento do processo. Ao se permitir a interposição de recurso especial e extraordinário em face da decisão proferida em reexame necessário, estar-se-á tornando o processo ainda mais moroso, o que contraria a própria noção de celeridade processual e eficácia da prestação jurisdicional.

Não se pode esquecer que o recurso especial e o extraordinário têm caráter excepcional, ou seja, estes empachos restringem-se à apreciação de matérias específicas, em casos particulares. A Constituição, de forma implícita, garante apenas o duplo grau de jurisdição, deixando para situações singulares a faculdade da parte interpor o recurso especial e o extraordinário.

Logo, não é razoável permitir à Fazenda Pública se utilizar de um recurso excepcional, no intuito de reaver uma decisão da qual não foi sucumbente, sob a justificativa de haver hipossuficiência dos entes administrativos.

O reexame necessário em si, sem interpretações extensivas ao favor da Fazenda Pública, já se mostra suficiente para corrigir eventuais irregularidades e afastar questionamentos relacionados à deficiência da máquina pública.

4. O princípio da confiança e da boa-fé objetiva como óbices ao manejo dos recursos de natureza excepcional em reexame necessário.

De acordo como o exposto em tópico próprio, o princípio da confiança tem uma profunda relação com a boa-fé na sua faceta objetiva³³. Isso porque a confiança entre as partes perpassa pela existência de condutas leais e escorreitas entre os sujeitos de direito, seja no campo das relações materiais, seja no âmbito das relações processuais.

Tanto o princípio da confiança como o da boa-fé objetiva incidem amplamente em todos os ramos do direito, tendo em vista se tratar de princípios gerais. Dessa forma, o processo civil é um ramo propício para a incidência dos aludidos princípios.

Na esfera recursal, em especial, os indigitados princípios têm grande importância, tanto para servir de guia na interpretação do direito adjetivo pelo magistrado, como também

³³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 95.

para inibir atitudes das partes que afrontem, direta ou indiretamente, direitos ditos fundamentais.

Os princípios da confiança e da boa-fé objetiva se tornam, assim, verdadeiros obstáculos a atos das partes que denotem a afronta à efetividade da prestação jurisdicional, à igualdade e à celeridade da prestação jurisdicional.

Não há de se admitir, com base nesses princípios, atos processuais das partes contraditórios, em que um dos sujeitos do processo assumam determinada postura e, em um momento posterior, aja de forma completamente diferente³⁴.

Essas condutas contraditórias, além de serem incompatíveis do ponto de vista lógico, quebram as expectativas e a confiança da parte adversa, que é surpreendida diante de um ato inesperado e destoante de atitudes praticadas anteriormente.

Pronuncia-se nesse sentido Flávio Tartuce, com base no entendimento de Anderson Schreiber, *in verbis*:

Nos dizeres de Anderson Schreiber, “a tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência”. Em suma, segundo o autor fluminense, o fundamento da vedação do comportamento contraditório é, justamente, a tutela da confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva.³⁵

Justamente por isso, conforme entendimento do STJ³⁶, não é admissível dar efeito à conduta contraditória posterior em detrimento de um ato praticado antes, que já produziu efeitos jurídicos, fáticos e, quiçá, econômicos. Seria um ato contrário aos princípios da boa-fé objetiva e ao princípio da confiança e, por isso, são vedados.

No que concerne à interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisões proferidas em sede de reexame necessário também deverão ser aplicados os aludidos princípios pelo julgador ao interpretar a remessa *ex officio*.

34 É a aplicação da regra do *venire contra factum proprium*, cujo conceito é dado por Flávio Cheim Jorge nos seguintes termos: “Por este princípio, o indivíduo que na sociedade adota certa postura, e que por sua vez, proporciona o surgimento de efeitos fáticos, jurídicos e econômicos, carece de interesse processual de ir ao Judiciário e adotar uma postura completamente diferente daquela até então assumida. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

35 TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório*. (“*venire contra factum proprium non potest*”). Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1171, 15 set. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8925>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

36 STJ, 4ª turma, REsp 95539/SP, relator: ministro: Ruy Rosado de Aguiar, DJ: 14/10/1996.

Tendo em vista que o reexame necessário é mera condição de eficácia da sentença, conforme doutrina majoritária³⁷, não há participação das partes na remessa da demanda ao Tribunal competente para a devida reapreciação.

Caso o processo suba ao Tribunal apenas para fins de reexame necessário, sem, no entanto, existir a interposição de recurso apelatório de algumas das partes em relação à sentença prolatada, há uma presunção que as partes se conformaram e aquiesceram com o que foi decidido³⁸.

As expectativas que surgem a partir da inação das partes ao não interpor recurso se circunscrevem a esperar pela apreciação do conteúdo da sentença em reexame necessário para, a partir daí, iniciar a execução do julgado.

Deve-se lembrar, ainda, que, conforme jurisprudência remansosa e doutrina amplamente majoritária, em remessa obrigatória não será possível piorar a situação da Fazenda Pública nos autos, em virtude da incidência da vedação da *reformatio in pejus*, conforme súmula n° 45 do STJ.

Noutro falar, o Tribunal somente poderá em reexame necessário manter o que já foi decidido em sentença ou então reformá-la em favor da Fazenda Pública. Não haverá sucumbência da Fazenda Pública, nem prejuízo, o que reflete diretamente na falta de interesse recursal.

Com base no fato de inexistir recurso voluntário da Fazenda Pública em relação à sentença sujeita a reexame necessário e na vedação da *reformatio in pejus*, por conseguinte, seria ilógico e incongruente o ente público beneficiário da remessa interpor um recurso em face dessa decisão.

A omissão da Fazenda Pública, ao não interpor temporaneamente o recurso apelatório em face da sentença, cria uma expectativa de conformação com o *decisum* por parte daquela. E mais, cria-se a certeza na parte contrária que, após o reexame, poderá dar encaminhamento na demanda para sua efetivação, por meio da execução.

Praticar tardiamente o ato de interpor algum recurso em face da decisão em reexame necessário resultaria em uma quebra da confiança e uma afronta à boa-fé, através de uma conduta fora daquelas que podem ser consideradas exigíveis dos sujeitos do processo³⁹.

37 DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 481.

38 Nesse sentido: STJ, 2ª turma, AgRg no REsp 1058778/SP, relator: ministro Humberto Martins, DJ 09/11/2009.

39 AGRAVO REGIMENTAL - Mandado de segurança - Duplo grau de jurisdição - Inexistência de recurso voluntário da pessoa jurídica sucumbente - Decisão que remeteu os autos à origem por estarem presentes os requisitos previstos nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 475 do Código de Processo Civil, tornando desnecessário o reexame necessário - Preliminar de não conhecimento do agravo regimental - **Instituto jurídico do duplo**

São nesse sentido as palavras do desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Sidnei Beneti, no Agravo regimental nº 560.4 83-5/8-0140:

31. Em atenção ao princípio da boa-fé processual, predominante no Direito Moderno, considerando o comportamento prévio da agravante, descabe agora a utilização de instrumento jurídico diverso, para que, de modo indireto, seja reformada a sentença.

32. Importa constatar que o duplo grau obrigatório, que leva ao chamado reexame necessário, impropriamente chamado de "*recurso de ofício*" trata de instituto jurídico estabelecido em atenção à legalidade, à natureza do interesse público envolvido no litígio, e não em favor da pessoa de direito

público integrante da relação jurídica.⁴¹

Depreende-se do citado julgado que a não interposição de recurso voluntário pela Fazenda Pública tem como consequência sua aceitação tácita da decisão. A citada aceitação somada à vedação da *reformatio in pejus* resultará em uma ausência de interesse processual em provocar o Poder Judiciário através de eventual interposição de recurso extraordinário ou especial.

Assim, deve-se prestigiar os princípios da boa-fé objetiva e da confiança na análise e interpretação do instituto do reexame necessário e não facultar à Fazenda Pública a possibilidade de interpor recurso especial ou extraordinário em face da decisão em remessa *ex officio*⁴².

5. A preclusão lógica e a falta de interesse recursal, com empecilhos ao recurso especial e extraordinário em reexame necessário.

As maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade ou não de recurso especial ou extraordinário em reexame necessário se circunscrevem ao campo da

grau de jurisdição instituído em atenção ao interesse público e não em favor da pessoa de direito público, inviabilizando seu uso indireto para fins de reforma do julgado - Observância do artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil e do princípio da boa-fé objetiva - Agravante que se conformou com o teor da sentença, mesmo sofrendo de imediato seus efeitos - Recurso não conhecido. (TJSP, Agravo Regimental n. 167.892-5/9 - São Vicente - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Vallim Bellocchi DJ: 17/03/2003). (*grifo aditado*)

40 TJSP, Agravo regimental nº 560.4 83-5/8-01, relator: desembargador Sidnei Beneti, DJ: 31/10/2006.

42 Note-se que a proibição da *reforma in pejus* é de grande relevância para esse entendimento. Tanto é assim, que não há empecilho para a parte contrária à Fazenda Pública interpor recurso, caso sua situação seja piorada em sede de reexame necessário.

preclusão lógica. Haveria interesse da Fazenda Pública em interpor um empacho em face da decisão em remessa *ex officio* ou se operaria a preclusão do seu direito?

A interposição de um recurso é uma faculdade da parte decorrente do princípio da voluntariedade. A não interposição cria um ônus⁴³ resultante da conformação com a decisão: o trânsito em julgado da sentença⁴⁴. No caso de reexame necessário, não é possível o trânsito em julgado imediato, mesmo que inexistia recurso voluntário das partes, art. 496 do CPC.

Assim, na hipótese de remessa obrigatória, o ônus a ser suportado pela parte que não interpõe o recurso é a preclusão do seu direito de recorrer da sentença. Presume-se que o sujeito do processo se resignou com a decisão e não tem interesse em manter o litígio, caso não seja piorada sua situação no processo. Há verdadeira preclusão lógica, a qual é conceituada por Arruda Alvim nos seguintes termos, *litteris*:

Diz-se lógica a preclusão quando um ato não mais pode ser praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado, ou que esta circunstância deflue inequivocamente do sistema. A aceitação da sentença envolve uma preclusão lógica de não recorrer. 45

Dito de outra maneira, a omissão da parte que não recorre é eloquente. Externa sua manifestação de vontade em não prosseguir na discussão jurídica sobre a correção, ou não, da decisão. Ao não recorrer, haverá uma aquiescência tácita em relação à decisão, nos termos do art. 1.000 do CPC.

Mister ressaltar que, com base na preclusão lógica decorrente da não interposição de recurso, até pouco tempo atrás, vinha entendendo o STJ⁴⁶, na maioria de seus julgados, pela impossibilidade de a Fazenda Pública interpor recurso especial em reexame necessário. Tal entendimento, inclusive, foi unificado pela 1ª Seção daquela Corte Especial, no julgamento do REsp 904.885/SP⁴⁷.

43 Válidas a explanação de Paulo Lucon sobre ônus no processo: Os sujeitos parciais do processo têm o ônus de praticar todos os atos destinados à defesa e ao ataque. O ônus, considerado como imperativo do próprio interesse, tem estreita relação com a possibilidade processual de fazer valer suas razões, pois toda possibilidade impõe à parte o ônus de ser diligente. Nesse quadro, estão as preclusões e o ônus de afirmar e provar. Abuso do exercício do direito de recorrer⁴³. LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. **Abuso do exercício do direito de recorrer**, Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/100/1>>, acesso em 06/07/2011, às 17h.

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos recursos* – 6 ed, atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 79.

⁴⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil, Volume I, Parte Geral* - 8ª Ed., revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 536.

⁴⁶ RESP 1.052.615/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, 1ª seção, DJ 18/12/2009.

⁴⁷ PROCESSUAL CIVIL – REEXAME NECESSÁRIO – AUSÊNCIA DE APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO – INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL – PRECLUSÃO LÓGICA.(...) 3. Diante disso, e da impossibilidade de agravamento da condenação imposta à fazenda pública, nos termos da Súmula 45/STJ, chega a ser incoerente e até mesmo de constitucionalidade duvidosa, a permissão de que os entes públicos rediscutam

Tal posicionamento tinha azo na omissão do ente público em não recorrer, juntamente com a inexistência da *reformatio in pejus*, para Fazenda Pública, em sede de reexame necessário. Além disso, realçou-se, no indigitado julgado, a incidência dos princípios da confiança e lealdade processual como razão para aplicação da preclusão lógica.

Ocorre que, em virtude de existirem algumas decisões⁴⁸ em sentido contrário ao posicionamento pacificado pela 1ª Seção do STJ, foi levado recentemente à Corte Especial o tema para nova discussão. No julgamento do REsp 905.771/CE, houve uma mudança de entendimento do STJ sobre a matéria, passando a prevalecer a possibilidade de interposição de recurso especial em face de decisão prolatada em reexame necessário⁴⁹.

Alinhou-se, assim, o STJ ao posicionamento esposado esparsamente em algumas oportunidades pelo STF⁵⁰, em relação à possibilidade de interposição de recurso em reexame necessário. Válido transcrever trecho da decisão ocorrida no Recurso Extraordinário 396989/GO, de relatoria do ministro Marco Aurélio⁵¹:

Esclareça-se que a circunstância de o acórdão proferido haver resultado da remessa obrigatória prevista no artigo 475 do Código de Processo Civil não obstaculiza a interposição, contra ele, de recursos. Há de se distinguir a postura do Estado, deixando de protocolar apelação, ante a citada remessa, do exame interesse, uma vez verificada a confirmação do que decidido. O ato omissivo não

os fundamentos da sentença não impugnada no momento processual oportuno, por intermédio da interposição de recurso especial contra o acórdão que a manteve em sede de reexame necessário, devendo ser prestigiada a *preclusão lógica* ocorrida na espécie, regra que, segundo a doutrina, tem como razão de ser o respeito ao *princípio da confiança*, que orienta a *lealdade processual* (proibição do *venire contra factum proprium*).(...)
6. Recurso especial não conhecido em razão da existência de fato *impeditivo do poder de recorrer* (preclusão lógica). (STJ, 1ª Seção, REsp 904.885/SP, relatora: Ministra Eliana Calmon, DJ: 09/12/2008).

48 STJ, AgRg no REsp 944.427/SP, 1ª turma, relator: ministro Luiz Fux, DJ 25/05/2009.

49 PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO LÓGICA (POR QUIESCÊNCIA TÁCITA) CONTRA A RECORRENTE, QUE NÃO APELOU DA SENTENÇA: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NO CASO, ADEMAIS, ALÉM DE *ERROR IN JUDICANDO*, RELATIVAMENTE À MATÉRIA PRÓPRIA DO REEXAME NECESSÁRIO, O RECURSO ESPECIAL ALEGA VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL POR *ERROR IN PROCEDENDO*, OCORRIDO NO PRÓPRIO JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU, MATÉRIA A CUJO RESPEITO A FALTA DE ANTERIOR APELAÇÃO NÃO OPEROU, NEM PODERIA OPERAR, QUALQUER EFEITO PRECLUSIVO. PRELIMINAR DE PRECLUSÃO AFASTADA, COM RETORNO DOS AUTOS À 1ª. TURMA, PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. (STJ, Corte especial, REsp 905.771-CE, RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ: 19/08/2010).

50 CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. ART. 8º ADCT/88. REMESSA NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. 1. Não há que falar em preclusão porquanto o recurso de ofício devolve à instância superior o conhecimento integral da causa, impedindo a preclusão do que decidido na sentença. Precedentes. 2. Recurso extraordinário provido com fundamento em entendimento do Plenário da Suprema Corte: RE 165.438/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 23.08.2002. 3. Agravo regimental improvido. (STF, 2ª turma, RE 540508/RJ, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, DJ 28/11/2008).

51 STF, 1ª turma, RE 396989/GO, relator: ministro Marco Aurélio, DJ de 03/03/2006.

implica a aceitação do que decidido. O ato omissivo primeiro não implica não implica a aceitação do pronunciamento confirmando a sentença, mas simples estratégia, não se interpondo a apelação e, assim, deixando-se de arazoar no sentido da reforma do que assentado na origem. É esse o enfoque que mais se coaduna com a organicidade própria ao Direito e a consideração de fases diversas. Em síntese, uma coisa é, ante a revisão obrigatória, instituto a beneficiar a Fazenda, não ser interposta apelação. Algo diverso segue-se à confirmação do que decidido pelo órgão revisor.”

Embora tenha se consolidado tanto no STJ como no STF - com base na existência da preclusão lógica - o entendimento de que é possível a interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão em reexame necessário, não parece ser este, *data venia*, o melhor posicionamento.

Com o devido respeito ao entendimento atual dos Tribunais Superiores, o posicionamento anteriormente adotado pelo STJ - em que se havia se entendido pela impossibilidade de recurso especial em face de decisão em reexame necessário - mostra-se mais condizente com o instituto da preclusão e com os princípios fundamentais que norteiam o processo civil.

Não se pode admitir que o instituto da preclusão lógica seja aplicado de maneira tópica, fragmentando a sua utilização a depender do sujeito processual a ser beneficiado por ela. Deve sua aplicação ser uniforme e se correlacionar com as excludentes do interesse em recorrer quais sejam: renúncia, aquiescência e desistência.

Na ausência de recurso por uma das partes, em específico, a preclusão lógica decorre da aquiescência do sujeito processual com a decisão prolatada. Nesse caso, enquadrar-se-ia a inexistência de recurso na disposição legal do art. 1.000 do CPC, que dispõe:

Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

Conforme se percebe da própria dicção do citado preceito legal, a aceitação ou aquiescência se dirige à própria sentença e tem como consequência o trancamento das vias recursais.⁵²

Para que se possa incidir a citada regra do art. 1.000 do Código de Ritos Cíveis, a aquiescência não precisará ser expressa, podendo ser, inclusive, tácita. É o que ocorre no campo recursal.

⁵² JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*- 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

A não interposição de recurso importa na concordância com a decisão, o silêncio das partes tem consequências jurídicas, há um ônus a ser suportado: a impossibilidade de, através de recurso, se insurgir posteriormente contra a decisão, caso esta não seja modificada a seu desfavor.

Com supedâneo na supracitada aquiescência tácita, decorrente da inexistência de empachos interpostos, é que se conclui que o simples fato de existir reexame necessário não tem como consequência a ausência de preclusão.

O fato de haver reapreciação da matéria em sede remessa necessária é mera condição de eficácia da sentença, não tendo o condão de reabrir oportunidade para as partes - que não interpuseram recurso - se insurgirem em face da sentença e, assim, evitar a preclusão lógica.

Também não há a possibilidade da Fazenda Pública se insurgir contra o acórdão proferido em reexame necessário, uma vez que inexistirá a *reformatio in pejus* e, por conseguinte, não haverá sucumbência⁵³.

Ou seja, preclusa a discussão sobre a sentença e não podendo haver piora na situação do ente público, impossibilitados os recursos de natureza excepcional em face da decisão em remessa *ex officio*.⁵⁴

Em sentido contrário se manifestam Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro⁵⁵, *in verbis*:

A falta de interposição do recurso é um ato-fato processual, ou seja, a análise da vontade é irrelevante [...]. A parte pode deixar de recorrer por diversos motivos, não importando qual foi ou se existiu vontade. Não há nenhum ato incompatível com a possibilidade futura de interpor recurso especial. Não se pode nem se precisa saber qual a vontade da Fazenda Pública. ⁵⁶

⁵³ Em sentido em contrário, considerando a sucumbência irrelevante para se discutir a preclusão lógica no que toca a interposição de recurso especial e extraordinário em face de reexame necessário: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória* – 6 ed. atual. de acordo com as leis n. 11.672 e 11.697, 2008 – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 350.

⁵⁴ A regra do art. 499 do CPC corrobora com esse entendimento ao ser expressa ao aduzir que os recursos somente podem ser interpostos pela parte vencida, terceiro prejudicado e Ministério Público. Não havendo sucumbência da Fazenda Pública, não se pode considerá-la vencida para fins recursais.

⁵⁵ Os doutrinadores Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro são dois dos poucos doutrinadores que se manifestaram sobre o tema. A maioria dos juristas pátrios não o enfrentam. Assim, as discussões sobre a impossibilidade de recurso especial e extraordinário em reexame necessário se restringe, na maioria das vezes, ao campo jurisprudencial.

⁵⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, v. 3. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 314.

Para os citados autores, não poderia haver preclusão, tendo em vista ser irrelevante a vontade das partes em recorrer. Reapreciada a sentença em reexame necessário, desta decisão caberia recurso da Fazenda Pública, facultando a ela decidir sobre a conveniência, ou não, em se interpor o aludido recurso. A regra da vedação *reformatio in pejus* não poderia, para eles, ser usada para justificar essa proibição de interposição de empachos.

Com o devido respeito, não merece guarida o posicionamento dos citados doutrinadores. A vontade das partes se mostra relevante para todo o desenvolvimento do processo, havendo limites para o impulso oficial.

É a incidência do princípio dispositivo, previsto em diversas passagens do Código de Processo Civil, a exemplo do art. 997 do CPC. De acordo com o citado princípio, as partes, salvo as exceções legalmente prescritas, não poderão se manter inertes no processo, sob pena de arcar com o ônus de sua inação.

Entender que a Fazenda Pública pode se beneficiar de sua omissão, tendo o privilégio de recorrer de matéria da qual não se insurgiu anteriormente, significa, antes de tudo, um privilégio injustificado.

Ao se admitir tal privilégio, estar-se-á criando uma exceção ao instituto da preclusão, o que não coaduna com a interpretação restritiva que se deve ser dada ao reexame necessário, haja vista que este deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal e os princípios fundamentais.

Data maxima venia, também não concordamos com o entendimento esposado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no já citado REsp 905.771/CE, o qual sustenta:

À luz desses parâmetros, não há como afirmar configurada a preclusão lógica na situação aqui debatida. Em primeiro lugar porque a falta de interposição do recurso de apelação, pela Fazenda, foi um comportamento omissivo, e não a “*prática de um ato*”. Ademais, não se pode ver nessa omissão um comportamento que indique, inequivocamente, a concordância com a sentença contrária aos interesses da Fazenda e, portanto, a vontade de não recorrer. É que o reexame necessário tem o efeito de devolver ao Tribunal toda a matéria em que sucumbiu a Fazenda Pública.⁵⁷

Baseia-se o citado ministro do STJ na dicção do art. 503, parágrafo único, do CPC de 1973 (repetido no parágrafo único do art. 1.000 do CPC de 2015), o qual é expresso ao falar em “prática [...] de um ato incompatível”, ao se referir à aceitação da sentença.

Sustenta, o aludido julgador, que a aplicação do preceito legal, pressupõe um ato comissivo de aceitação da decisão. Para ele, não poderia se presumir a resignação com a

⁵⁷ STJ, Corte especial, REsp 905.771/CE, relator: ministro Teori Albino Zavascki, DJ: 19/08/2010.

sentença em virtude da não interposição do recurso, um ato omissivo. Seria necessário a prática de um ato, uma ação da Fazenda Pública.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho, com base nas lições de Marcelo Caetano, que “a noção da expressão [ato administrativo] traduz uma ação concluída, ‘uma vontade que se manifestou ou pelo menos se revelou nem que seja por omissão’ ”.⁵⁸

A omissão, dessarte, pode ser considerada equivalente a um ato da Fazenda Pública no processo. Da citada omissão pode-se extrair a vontade do ente administrativo em não recorrer.

Dessa forma, correto o entendimento do ministro do STJ Mauro Campbell Marques, para o qual não há empecilho para se entender que a omissão, ao não interpor o recurso, pode gerar preclusão lógica, *litteris*:

Decerto, como bem explanado pelo Min. Teori, o art. 503, parágrafo único, do CPC, exige um ato comissivo para a caracterização da preclusão lógica. Contudo, peço vênia, não vejo mácula ao instituto desde que se entenda **que a omissão pode gerar preclusão lógica quando dela se puder extrair manifestação inequívoca de vontade que caminhe em sentido oposto à prática do ato processual tido por precluso.** A questão é saber se estamos diante de uma omissão de tal espécie.⁵⁹ (*Grifo aditado*)

Por derradeiro, há de se afastar a argumentação de que os representantes judiciais da Fazenda Pública necessitam de poderes específicos que importem disposição ou comprometimento de direitos e, por isso, não poderia ser interpretada a omissão da Fazenda Pública como um ato voluntário de aquiescência com a decisão.

Importante notar que, pela teoria do órgão⁶⁰, de importante aplicação no direito administrativo, os agentes públicos são parte integrante da estrutura do ente público. Os atos daqueles agentes nada mais são que uma manifestação de “vontade” maior da Fazenda Pública.

58 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* - 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2010 - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

59 STJ, 1ª Seção, REsp 1052615/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, julgamento: 14/10/2009, DJ: 18/12/2009.

60 A teoria do órgão, de Otto Gierke, é conceituada por José dos Santos Carvalho Filho nos seguintes termos: “[...] segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes.”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* - 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2010 - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

Não importa, portanto, se houve negligência do agente público em não recorrer, ou que ele praticou um ato que em tese não refletisse o real interesse público. Importa, ao contrário, a atuação do agente na investidura nas funções a ele imputadas pelo Estado.

Assim, se o representante judicial da Fazenda Pública foi regularmente constituído para atuar no processo, deverá o ente público arcar com os ônus existentes na lei processual decorrentes dos atos ou omissões de seu representante.

O ônus, a consequência da omissão da Fazenda Pública, para os casos de não recorrer tem previsão legal: o art. 1.000 do CPC (antigo art. 503 do CPC de 1973). Haverá preclusão lógica do seu direito de recorrer. Não poderá se concluir, portanto, que o silêncio do ente público não tenha nenhuma consequência tanto no campo jurídico como no fático.

Acertado, assim, o entendimento do ministro Mauro Campbell Marques, exposto no já citado REsp 1052615/SP, *litteris*:

Para o caso, observo, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, que **o art. 503, caput, do CPC, autoriza a interpretação no sentido de que a que a Fazenda Pública omissa aceita tacitamente a sentença, razão pela qual não pode interpor recurso especial para discutir os pontos dela confirmados em remessa necessária.**⁶¹ (*grifo aditado*)

Não há dúvidas, assim, que há aplicação da preclusão lógica, nos termos do art. 1.000 do CPC (antigo art. 503 do CPC de 1973), à Fazenda Pública. A omissão do ente público na apresentação, em um primeiro momento, de recurso em face da sentença, gera uma preclusão que impede que seja interposto futuramente recurso especial ou extraordinário em face de decisão em reexame necessário.

6. Conclusão

Através do presente estudo, foi constatada a impossibilidade da interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário.

Conforme visto, diante do seu caráter excepcional no ordenamento jurídico, deve ser interpretado o reexame necessário de forma restritiva. Não cabe ao intérprete, com base em uma interpretação extensiva do aludido instituto, afrontar princípios fundamentais como o da igualdade, do acesso à justiça, devido processo legal, da confiança e da boa-fé.

Pelo contrário, os indigitados princípios deverão prevalecer, restringindo o âmbito de incidência da remessa necessária naqueles casos em que puder existir afronta à Constituição Cidadã de 1988.

61 STJ, 1ª Seção, REsp 1052615/SP, relatora: ministra Eliana Calmon, julgamento: 14/10/2009, DJ: 18/12/2009.

É o que ocorre no questionamento sobre a possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário. De acordo com o que foi delineado, a evidente afronta aos aludidos princípios fundamentais impede que seja admitida tal possibilidade.

Além disso, a falta de interesse recursal e a preclusão lógica incidem normalmente ao caso, impedindo que a Fazenda Pública deixe de recorrer da sentença e somente depois de encerrado o reexame necessário decida se insurgir contra a decisão.

Assim, o posicionamento atual dos Tribunais Superiores não se mostra condizente com as características do instituto do reexame necessário, um instituto que paulatinamente tem perdido espaço no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos.

Também, não está o entendimento atual dos aludidos tribunais em conformidade com a nova sistemática do processo civil, na qual este é interpretado sobre uma perspectiva constitucional.

Dessa forma, a interpretação mais consentânea com o “modelo constitucional do direito processual civil” é aquela que considera impossibilitada a interposição de recursos especial ou extraordinário em face da decisão proferida em sede de reexame necessário, uma vez que a remessa *ex officio* deve ser sempre interpretada de forma restritiva, em homenagem ao Texto Constitucional e os princípios fundamentais insertos expressamente nesta.

7. Referências

AVARES, Gustavo Machado. *O instituto da remessa necessária e a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 402, 13 ago. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5584>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 24/07/2011, às 16h34min.

BRASIL. Projeto de lei n. 166, de 18 de maio de 2010. Assunto: Jurídico - Direito civil e processual civil. Ementa: Reforma do Código de Processo Civil. Data de apresentação: 08/06/2010. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 20/07/2011, às 14h30min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1052615/SP. 1ª sessão. Relator: ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 junho de 2011 às 8h27min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 505.022/MG. 5ª turma. Relator: ministro Jose Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 8h37min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 905.771/CE. Corte Especial. Relator: Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 10h47min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904885/SP. 2ª turma. Relator: ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 10h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95539/SP. 4ª turma. Relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 15h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1058778/SP. 2ª turma. Relator: ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 junho de 2011 às 14h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 879.221/RS. Relator: ministro Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 junho de 2011 às 14h40min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 944.427/SP. 1ª turma Relator: ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 10 junho de 2011 às 14h40min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 934.642/PR. Corte Especial. Relator: ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 11 junho de 2011 às 14h40min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 168.837/RJ. 3ª Seção. Relator: ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 14h50min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 445.171/AL. 6ª turma. Relator: ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 14h34min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1252821/MG. 2ª turma. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 14h58min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1079310/SP. 1ª turma. Relator: ministro Francisco Falcão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 15h53min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 232.753/SC. 5ª turma. Relator: ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 16h26min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 258.616/PR. Corte Especial. Relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 12 junho de 2011 às 16h39min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 396989/GO. 1ª turma. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 mai 2011 às 8h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário RE 396989/GO. 1ª turma. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 mai 2011 às 8h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 540508/RJ. 2ª turma. Relator: ministra Ellen Gracie. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 mai 2011 às 8h30min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE635655/DF. 1ª turma. Relator: ministra Cármen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 mai 2011 às 8h30min.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5: recursos , processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais:técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>. Acesso em 20/07/2011>, às 15h25min.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo - 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2010 - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.*

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica . San José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acesso em: 31 julho de 2011, às 20h.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010.*

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. I*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. -6 ed.-Salvador:Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno, tomo I* - 3.ed. - São Paulo: Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil v. 2*, São Paulo: Saraiva, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis* - 4. Ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEONARDO, César Augusto Luiz. *A boa-fé objetiva no processo civil*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/452/445>. Acesso em: 05/07/2011, às 19h35min.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo- Curso de Processo Civil v. 1. – 3. Ed. rev. e atual.*- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 9 ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo -Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do Juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565.- 13ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco-* 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Teoria Geral dos Recursos* - 6 ed. atual. ampl. e reform.- São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito administrativo*. 2ª Ed. –São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.*

ROESLER, Átila Da Rold. *O reexame necessário no anteprojeto do novo CPC*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2546, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/15062>. Acesso em: 05 jul. 2011, às 15h50min.

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SIMARDI, Claudia Aparecida. *Remessa obrigatória*. In: Nery Junior, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, vol. 6*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória – 6 ed. atual. de acordo com as leis n. 11672 e 11.697, 2008 – São Paulo, Saraiva, 2009*, p. 345.

SOUZA, Mariana Almeida de. *O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios*, Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>, acesso em 06/06/2011, às 17h.

SPALDING, Mauro. *Execução contra a fazenda pública federal*. Curitiba: Juruá, 2008.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório. ("venire contra factum proprium non potest")*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1171, 15 set. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8925>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MOTORISTAS DE APLICATIVO: EMPREENDEDORES OU EMPREGADOS?

SABRINA DO CARMO BARROS:
Bacharelanda do curso de Direito do
Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a analisar a relação jurídica entre o trabalhador motorista de aplicativo e as empresas detentoras do aplicativo, de maneira que se pretende verificar a situação jurídica formal destes trabalhadores. Durante o decorrer desta pesquisa, verificou-se que os motoristas de aplicativo são reconhecidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho como trabalhadores autônomos, inexistindo então, no entendimento destes tribunais, a questão do vínculo empregatício entre as partes. O principal fator que diminui a possibilidade deste reconhecimento encontra-se na aparente falta de subordinação do motorista de aplicativo ao aplicativo de transporte, de maneira que os tribunais superiores entenderam que este reconhecimento jurídico seria inviável. A presente pesquisa deu-se pelo método de revisão de literatura, e trata-se de uma pesquisa qualitativa. Concluiu-se que os motoristas de aplicativo não tem dentro das atuais leis trabalhistas do direito brasileiro, amparo legal para o reconhecimento de vínculo empregatício para com as empresas de aplicativo.

Palavras-Chave: Motoristas de Aplicativo; Vínculo Empregatício; Direito do Trabalho

INTRODUÇÃO

A modernidade e o advento da criação de novas tecnologias trouxeram como uma de suas consequências a modificação da relação de trabalho, com possibilidade da ampliação dos postos de trabalho aproveitando-se da utilidade e facilidade dessas tecnologias.

A cada dia, novos sites e aplicativos para dispositivos móveis são criados, com a ideia de facilitar ao consumidor o acesso à comércios como restaurantes, compras em supermercados, serviços de motorista e entrega de diversos produtos delivery, como os comprados em sites estrangeiros e nacionais.

Essas novas oportunidades trazem também a modificação das relações de trabalho, com a necessidade de pessoas para concretizar as oportunidades oriundas dos aplicativos e sites. A modificação nas relações de trabalho se dá porque os aplicativos não tem a figura do patrão ou outro superior hierárquico para dar as ordens, porém elas são feitas por meio do telefone/celular – é dito ao entregador como e onde entregar os produtos ou onde pegar os passageiros, por exemplo.

Sobre o último exemplo, a falta do padrão físico causa também uma insegurança jurídica a respeito da existência ou não de trabalho e qual seria a espécie de trabalho dos motoristas de aplicativo.

É interessante salientar que tal controvérsia – que ainda divide a doutrina e a jurisprudência – tem causado intenso debate nos juízos singulares e superiores. Pensando nisso, o presente trabalho tem por objetivo discutir a existência (ou não) de vínculo empregatício dos motoristas de aplicativo.

No primeiro item, buscou-se a discussão a respeito de como as novas tecnologias afetam as relações de emprego e trabalho, de uma maneira geral. Buscou-se a explicação de alguns autores a respeito deste fenômeno e dentro do item foram feitas algumas considerações que serão importantes ao propósito deste trabalho.

No item dois, pretende-se falar do assunto propriamente dito deste trabalho: a relação entre os motoristas de aplicativo e a Consolidação das Leis do Trabalho, de maneira que se procura visualizar os requisitos formais do vínculo empregatício e como os requisitos não eventualidade, pessoalidade, subordinação, onerosidade e alteridade são definidos legalmente.

Além disso, serão analisadas e explicadas as decisões jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça a respeito da inexistência de vínculo empregatício para com os trabalhadores motoristas de aplicativo.

Por fim, o presente trabalho mostrará as suas conclusões e espera-se que a contribuição desta pesquisa a sociedade venha por meio de dados ou argumentos que podem ser utilizados em eventual peça jurídica ou em argumentos em outros debates.

1 NOVAS TECNOLOGIAS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO – COMO FICAM AS RELAÇÕES DE EMPREGO?

As tecnologias empregadas hoje, tais como o uso de celulares, internet e computadores de maneira mais recorrente, mudou em muito a maneira que as relações de trabalho e emprego se comportam em nosso dia a dia.

Isso porque o mercado de capitais, a partir desta mudança, mudou também a sua maneira de se comportar mediante a transformação do dia a dia do seu consumidor, como veremos a seguir.

Segundo Albuquerque Neto, Silva e Portugal (2019) a existência dos aplicativos de transporte nos dias de hoje deu-se graças a avanços tecnológicos ocorridos ainda durante os anos 60, de maneira que houve a possibilidade da evolução das tecnologias, permitindo desenvolvimento maior das cidades:

A oferta de serviços de transporte individual remunerado em veículos particulares através do uso de aplicativos de empresas de tecnologia são modelos de negócios modernos com foco na mobilidade do indivíduo, visto como potencial cliente. Esses tipos de serviços inovadores surgiram graças aos avanços tecnológicos dos microprocessadores desde a década de 60, e posteriormente com a evolução das TICs, que permitiram novas oportunidades de organização e desenvolvimento das cidades (Barbosa et al., 2017).

Ainda segundo Albuquerque Neto, Silva e Portugal (2019), a partir do desenvolvimento das cidades, foi sendo necessário cada vez mais as melhorias em relação a mobilidade urbana, que se aliaram aos avanços tecnológicos como o uso de smartphones, que possibilitaram, entre outras coisas, o fornecimento de dados como a localização do usuário, por exemplo, a estes serviços de mobilidade urbana:

Dessa forma, a necessidade de alcançar melhorias na mobilidade urbana se alia com aos avanços tecnológicos que estão surgindo. Os smartphones tornaram-se progressivamente uma ferramenta essencial para ajudar as pessoas a produzir ou alcançar mobilidade, fornecendo informações contextuais e servindo como um recurso ideal para permitir novos serviços de mobilidade. Usando dados cada vez mais robustos e facilmente interpretáveis sobre várias opções de transporte, os usuários de smartphones podem escolher entre um número amplo e crescente de serviços de transporte para planejar suas viagens e facilitar o seu processo de mobilidade. De modo geral, as TICs foram responsáveis pelo surgimento de novas oportunidades para a criação de novas opções de transporte que inclui serviços como compartilhamento de carros, compartilhamento de bicicletas, serviços de transporte individual remunerado, dentre outros serviços (Davidson et al., 2016).

Para Mattoso (2000), a relação de emprego e a tecnologia é regida pelo mercado de capitais. Nesse sentido, períodos de expansão e de depressão econômica afetariam diretamente a estes colaboradores:

A inovação tecnológica assumiria uma dupla dimensão: por um lado, poderia favorecer o emprego em períodos de expansão do ciclo econômico e, por outro, poderia ser fator de agravamento durante as depressões, quando emergiria o desemprego tecnológico, como parte do desemprego cíclico (Schumpeter, 1968). A expansão das atividades produtivas apareceria, então, como um processo de *destruição criadora*, em que um ciclo contínuo mais ou menos intenso de desestruturações e reestruturações criaria e destruiria empresas, atividades, empregos.

O autor entende também que o aparecimento de novas tecnologias pode destruir antigos produtos ou serviços para construir outros, de maneira em que há revolução, por exemplo, no campo da criação de novos produtos, serviços, empresas, setores, empregos e atividades econômicas:

A inovação tecnológica, no entanto, ao mesmo tempo que destrói produtos, empresas, atividades econômicas e empregos, também pode criar novos produtos, novas empresas, novos setores e atividades econômicas e, portanto, novos empregos. Em outras palavras, a inovação tecnológica, embora possa modificar a qualidade e a quantidade do emprego, não determina *a priori* seu resultado, sobretudo quando observada a economia nacional.

O resultado das mudanças quantitativas do emprego não precisa necessariamente transformar-se em mais desemprego. Pode ser mais emprego, consumo, tempo livre ou desemprego e essa é uma escolha social, historicamente determinada pelas formas de regulação do sistema produtivo e de distribuição dos ganhos de produtividade.

No quadro atual da economia mundial $\frac{3}{4}$ sob domínio dos credores, da estabilidade a qualquer custo e do capital sem fronteiras e regulações $\frac{3}{4}$, os efeitos das tecnologias da info-comunicação sobre a desordem do mundo do trabalho podem parecer maiores do que efetivamente são, sobretudo quando ignoradas as atuais relações macroeconômicas, sociais e institucionais mais amplas. Nos dias que correm, a redução da capacidade de gasto e regulação do Estado, a concentração dos ganhos de produtividade nas mãos do capital financeirizado, a estagnação e até elevação do tempo de trabalho e, não menos importante, o relativamente menor crescimento do produto, da demanda e do investimento são elementos determinantes no entendimento do desemprego e da precariedade das condições e relações de trabalho.

Nesse sentido, as novas tecnologias como o uso de aplicativos de transporte entraram nesta previsão, ainda que não totalmente. Embora para o direito brasileiro não haja o vínculo empregatício, como veremos posteriormente no decorrer deste artigo, as empresas detentoras dos aplicativos dão uma opção de complemento de renda ou de única renda ao trabalhador que se sujeita a este trabalho, de maneira que pode ser visualizado a sua importância na economia brasileira e mundial.

Feitas estas considerações, o presente artigo passará a discussão a respeito da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e o caso dos motoristas de aplicativo, explicando conceitos basilares tais quais o que seria o vínculo empregatício e como reconhece-lo, além de verificar quais seriam os seus requisitos para o seu reconhecimento formal perante o Poder Judiciário.

2 A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E OS MOTORISTAS DE APLICATIVO

Como vimos, o uso de novas tecnologias, como a difusão do uso dos smartphones e da internet, criaram situações totalmente novas de trabalho, como é o caso dos trabalhadores motoristas de aplicativo.

Estes trabalhadores, inicialmente, poderiam entender que sua situação de trabalho encontra respaldo legal entro da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que, em uma primeira análise, aparentemente encontram-se a mercê das empresas detentoras dos aplicativos de transporte.

Nesse sentido, é útil analisarmos a definição legal de empregado e a partir desta definição, começarmos a tecer nossas considerações a respeito da situação do motorista de aplicativo.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) por meio do artigo 3º, define o empregado como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A partir daqui, pretende-se traçar a relação entre o caso do motorista de aplicativo, a definição legal e doutrinária a respeito dessa questão.

Dentro do direito do trabalho há, entre outros estudos, o estudo da relação de emprego. Aqui, é importante lembrar que a relação de trabalho é um conceito amplo, que engloba também aos trabalhadores avulsos, eventuais e autônomos, por exemplo (PINTO, 2019).

Já a relação de emprego é a que gera o vínculo empregatício, que por sua vez gerará um contrato de trabalho – se estivermos falando da situação ideal, com o trabalho exercido de forma regular por parte do trabalhador e do empregador.

No Direito do Trabalho, há princípios norteadores da prática trabalhista, que auxiliarão o juiz e os demais operadores do direito nas suas interpretações. Talvez um dos mais importantes princípios a se observar nessa situação seja o princípio da primazia da realidade, que significa que na discrepância entre o contrato de trabalho (verdade formal) e o que ocorre na prática, deve-se entender favorável pela situação que trata da realidade vivida pelo trabalhador.

Para PLÁ RODRIGUEZ (2015, p. 339 APUD TERCIOTI, 2017), o princípio da primazia da realidade significa que “(...) em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”. Aqui, pretende-se discutir como esse princípio seria aplicado ao motorista de aplicativo e em qual contexto.

Para que aja ao menos o vislumbre da possibilidade de formação de um contrato de trabalho, há alguns pressupostos que devem ser observados. Entre eles, talvez o mais importante seja a necessidade de que o objeto do trabalho não seja de caráter ilícito. MARTINS (APUD RIBEIRO e RIBEIRO, 2016) ensina que “o trabalho ilícito pressupõe a ilicitude do objeto e nenhum efeito produz na órbita do direito do trabalho”.

Em relação ao vínculo empregatício, temos cinco requisitos para que ele seja reconhecido. Com o reconhecimento do vínculo empregatício, há a possibilidade de o empregado entrar na justiça do trabalho por demandas como a falta de pagamento de salário e outras verbas trabalhistas.

Os requisitos são: não eventualidade, pessoalidade, subordinação, onerosidade e alteridade. É importante salientar que, segundo MAZARÃO (2016), na falta de qualquer desses requisitos, inexistente a relação de emprego. Trataremos sobre esses requisitos a seguir.

A não eventualidade trata-se da continuidade da prestação do serviço, de acordo com BARROSO (2016). Aqui, falamos de regularidade no desenvolvimento da atividade, a benefício do empregador – que usufruirá do trabalho do empregado de forma habitual.

Sobre a pessoalidade, MAZARÃO (2016) esclarece:

O requisito da pessoalidade se refere ao fato de que o empregado, e somente ele, é quem pode prestar o serviço contratado, ou seja, se João foi admitido nos quadros de determinada empresa para exercer a função de carpinteiro, somente João é quem poderá fazê-lo, não podendo pedir para que um terceiro trabalhe em seu lugar.

Logo, para a autora não pode haver a situação de “terceirização” de trabalho, nesse sentido entendido por nós como a delegação do trabalho por parte do empregado a um terceiro estranho a relação. Aqui, é necessário deixarmos claro que o empregado pode ser apenas pessoa física, logo não há situação em que seja admitida a contratação de pessoa física como empregado.

Em relação à subordinação, para BARROSO (2016), caracteriza-se pela “submissão às diretrizes do empregador”. Aqui, o autor entende também que se derivam da subordinação a determinação do lugar, forma e modo que o trabalho será prestado.

A onerosidade refere-se ao fato de que o trabalho deve ter como contraprestação do empregador o pagamento de salário. Aqui, cabe lembrar que em regra é assegurado ao empregado o salário-mínimo, com algumas exceções trazidas pela reforma trabalhista.

Finalmente, a respeito da alteridade, BARROSO (2016) entende que “(...) o empregador assume os riscos decorrentes do seu negócio, mas não os repassa ao empregado. Isto é, se o negócio vai bem ou mal, o salário do empregado será garantido”. Logo, aqui há a

garantia do salário ao empregado. O autor entende que esse requisito divide a doutrina com relação à consideração dele como essencial ao vínculo empregatício.

Aplicando os requisitos exigidos para que exista o vínculo empregatício no caso concreto no caso dos motoristas de aplicativo, podemos pensar inicialmente que se tratam de empregados trabalhando em situação informal – imaginando que esses trabalhadores talvez percam alguns direitos que são assegurados aos demais trabalhadores como o direito a férias e decimo terceiro, por exemplo. No entanto, este trabalho científico não compreende a relação dos motoristas de aplicativo – empresas como sendo uma relação com vínculo empregatício.

Para HOFFMAN (2018), “é preciso ter cautela em relação ao impacto da decisão ao modo como a relação entre motoristas particulares e aplicativos como a Uber é enxergada no Brasil”. Isso porque algumas pessoas acreditam que enquadrar o vínculo empregatício dessas empresas de tecnologia poderia fazer com que elas saíssem do país, deixando muitas pessoas sem fonte de renda.

Ao analisar primeiramente o nome da categoria – “motoristas de aplicativo”, podemos depreender que essa categoria não presta serviços a unicamente uma empresa (não são só motoristas Uber, motoristas 99 pop ou motoristas In Driver, por exemplo) mas sim atendem ao chamado de todos os aplicativos em que surgirem oportunidades para corridas.

A segunda análise que pode ser feita a fim de comprovar a inexistência do vínculo empregatício é verificar se existem todos os requisitos necessários à caracterização deste no caso concreto: pessoalidade, não eventualidade, subordinação, onerosidade e alteridade. É importante lembrar que a falta de qualquer destes descaracteriza o vínculo empregatício.

No caso dos motoristas de aplicativo, é difícil caracterizar a subordinação, uma vez que a subordinação também pode ser interpretada como a impossibilidade do motorista em escolher o passageiro aceitando ou não a solicitação de corrida, por exemplo.

Nesse sentido, MEROLA (2017) entende que as regras dos termos de uso dos aplicativos de transporte não caracterizam a subordinação do empregado à empresa, uma vez que se trata de termos vagos, que tem fundamento em obrigações contratuais:

No caso dos motoristas do Uber, não temos a presença da subordinação jurídica, pois a empresa não dá ordens aos motoristas, e nem coordena a prestação do serviço. O motorista liga seu aplicativo, a hora que bem entender, e faz as suas corridas, na hora que quiser e pelo tempo que quiser.

É claro que existem regras por parte da Uber, mas essas regras são obrigações contratuais, e não se pode confundi-las com subordinação jurídica. São termos totalmente diferentes

Também é difícil constatar a pessoalidade, uma vez que a oportunidade da corrida poderia ser aceita por qualquer dos motoristas na região próxima ao local de embarque. O vínculo empregatício poderia ser derrubado, aqui, em inúmeros exemplos. É certo que o tema é novo, gerando controvérsias.

2.1 DISCUSSÕES ACERCA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

As críticas a falta de caracterização destes trabalhadores dentro do vínculo empregatício não são poucas. Muitos autores falam na “uberização do trabalho”, um termo inventado recentemente em decorrência de um aplicativo que popularizou-se mundialmente e trouxe a discussão a respeito desta nova modalidade de trabalho no mundo globalizado.

Prado (2020) tece duras críticas a este sistema onde, para a autora, os donos de aplicativos ficam cada vez mais ricos e os seus supostos “funcionários” ficam cada vez mais pobres, retórica utilizada para evidenciar as desigualdades sociais que ocorrem no Brasil:

Os que advogam alegando a precarização dessa categoria de profissionais que abarca motoristas *de* Uber, entregadores de aplicativos como a *Rappi*, o *iFood* e o *Uber Eats*, sustentam o denominado fenômeno da “uberização”, termo cunhado exatamente com base na empresa que transmutou o modelo de organização de trabalho reduzindo drasticamente as condições sociais e humanas de trabalho.

Os que são contra a lógica estabelecida por esses aplicativos nos alertam para o fato de que enquanto os idealizadores dos aplicativos ficam cada vez mais ricos, os entregadores sequer possuem qualquer vínculo empregatício, assumindo os riscos na execução da entrega sem que as empresas sejam responsabilizadas, seja na manutenção desse trabalhador com o oferecimento do aparato necessário como celular, bolsa térmica e jaquetas, seja na eventualidade de acidente de trabalho, estando completamente desprotegidos.

Entendemos as críticas trazidas pela contribuição de Prado (2020), onde entende-se haver uma espécie de precarização do trabalho, com inúmeros ganhos a empresas de aplicativo e aparentemente pouco ou nenhum ganho ao motorista parceiro.

Faz-se necessário lembrar o contexto em que a maioria destes trabalhadores autônomos se colocam como prestadores de serviço e a real finalidade dos aplicativos de transporte, enquanto parceiros destes motoristas: a possibilidade de geração de renda extra para este trabalhador, que, em tese, já teria uma fonte de renda.

Existem trabalhadores que se colocam a disposição dos aplicativos por todo o seu tempo de trabalho, porém nesses casos o trabalhador encontra-se desempregado e precisa desta única fonte de renda para alimentar a si e seus familiares. Entendemos, portanto, que se trata de uma oportunidade de trabalho e não tão somente uma situação de trabalho precário.

É importante, nesse sentido, nos atermos as decisões judiciais a respeito do tema, uma vez que tais decisões buscam ater suas fundamentações legais em dispositivos de leis, costumes ou precedentes que buscam a justiça como um de seus principais objetivos.

2.2 DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado manifestou-se no sentido de que a relação de trabalho entre os motoristas de aplicativo e os aplicativos de transporte é inexistente

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. SHARING ECONOMY. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. 1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo. 2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil. 3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. 4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.

(STJ - CC: 164544 MG 2019/0079952-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 28/08/2019, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/09/2019)

A presente decisão teve como fundamento a falta de fundamentos de fato e de direito que comprovassem o vínculo empregatício para com as empresas detentoras dos aplicativos de transporte, não sendo, portanto, possível a obtenção de verbas de natureza trabalhista, tais como a obtenção de férias e décimo terceiro, por exemplo.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o vínculo entre as partes é contratual, de natureza, portanto, civil. Assim, o tribunal salienta que com a nova modalidade de exploração de capital, a “economia compartilhada”, a prestação de serviços de transporte pelos motoristas de aplicativo é meramente intermediada pela empresa detentora do aplicativo, entre aqueles que precisam do transporte e aqueles que gostariam de transportar. Reconheceu-se, portanto, a inexistência de vínculo empregatício.

É importante salientar que a decisão do presente tribunal não foi a única: também existe decisão do Tribunal Superior do Trabalho – TST no mesmo sentido, conforme veremos no próximo tópico, e que será explicada tal como esta decisão também o foi.

2.3 DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Para o órgão máximo do Direito do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, também há o entendimento de que inexistente vínculo empregatício entre o motorista de aplicativo e o aplicativo de transporte – no caso em tela, o aplicativo Uber.:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.467/2017. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. MOTORISTA. APLICATIVO. UBER. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. NÃO PROVIMENTO. I. Discute-se a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista profissional que desenvolve suas atividades com utilização do aplicativo de tecnologia “Uber” e a sua criadora, Uber do Brasil Tecnologia Ltda. II. Pelo prisma da transcendência, trata-se de questão jurídica nova, uma vez que se refere à interpretação da legislação trabalhista (arts. 2º, 3º, e 6º, da CLT), sob enfoque em relação ao qual ainda não há jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho ou em decisão de efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal. Logo, reconhece-se a transcendência jurídica da causa (art. 896-A, § 1º, IV, da CLT). III. Na hipótese, o Tribunal Regional manteve, pelos próprios fundamentos, a sentença em que se reconheceu a condição de trabalhador autônomo do Reclamante. No particular, houve reconhecimento na instância ordinária de que o Reclamante ostentava ampla autonomia na prestação de serviços, sendo dele o ônus da atividade econômica. Registrou-se, ainda, a ausência de subordinação do trabalhador para

com a Reclamada, visto que “o autor não estava sujeito ao poder diretivo, Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1003D86623B9B3F95C. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.2 PROCESSO Nº TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003 Firmado por assinatura digital em 10/09/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. fiscalizador e punitivo da ré”. Tais premissas são insusceptíveis de revisão ou alteração nessa instância extraordinária, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 126 do TST. IV. A relação de emprego definida pela CLT (1943) tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços. As novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego. O contrato regido pela CLT exige a convergência de quatro elementos configuradores: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica. Esta decorre do poder hierárquico da empresa e se desdobra nos poderes diretivo, fiscalizador, regulamentar e disciplinar (punitivo). O enquadramento da relação estabelecida entre o motorista de aplicativo e a respectiva plataforma deve se dar com aquela prevista no ordenamento jurídico com maior afinidade, como é o caso da definida pela Lei nº 11.442/2007, do transportador autônomo, assim configurado aquele que é proprietário do veículo e tem relação de natureza comercial. O STF já declarou constitucional tal enquadramento jurídico de trabalho autônomo (ADC 48, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE nº 123, de 18/05/2020), a evidenciar a possibilidade de que nem todo o trabalho pessoal e oneroso deve ser regido pela CLT. V. O trabalho pela plataforma tecnológica – e não para ela -, não atende aos critérios definidos nos artigos 2º e 3º da CLT, pois o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1003D86623B9B3F95C. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.3 PROCESSO Nº TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003 Firmado por assinatura digital em 10/09/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. exigência de trabalho mínimo, de número mínimo de viagens por período, de faturamento mínimo, sem qualquer fiscalização ou punição por esta decisão do motorista, como constou das premissas fáticas incorporadas pelo acórdão Regional, ao manter a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos, em procedimento sumaríssimo. VI. Sob esse enfoque, fixa-se o seguinte entendimento: o trabalho prestado com a utilização de plataforma tecnológica de gestão de oferta de

motoristas-usuários e demanda de clientes-usuários, não se dá para a plataforma e não atende aos elementos configuradores da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, inexistindo, por isso, relação de emprego entre o motorista profissional e a desenvolvedora do aplicativo, o que não acarreta violação do disposto no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal. VII. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.

Por meio do presente tópico, pretende-se discutir mais a respeito da presente decisão, demonstrando e explicando os fundamentos utilizados pelo egrégio tribunal quando na tomada da decisão.

O agravo de instrumento discutiu a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista de aplicativo, tendo sido mantido antes de chegar ao julgamento do TST, a sentença em que se reconheceu a sua condição de trabalhador autônomo.

Percebeu-se em primeira instância que o motorista de aplicativo tinha muita autonomia na prestação de serviços, sendo que ele tomava para si o ônus da atividade econômica. Também se verificou que existia a ausência de subordinação do trabalhador para com o aplicativo.

Segundo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, “a relação de emprego definida pela CLT (1943) tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços. As novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego”.

A decisão salienta, também, importante aspecto: a falta de existência dos elementos do vínculo empregatício, que para a CLT e o Tribunal Superior do Trabalho, seriam apenas quatro: “o contrato regido pela CLT exige a convergência de quatro elementos configuradores: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica. Esta decorre do poder hierárquico da empresa (...)”

Outro importante argumento trazido pelo Tribunal Superior do Trabalho é de que não há subordinação ao aplicativo de transporte por parte do motorista de aplicativo, uma vez que “o trabalho pela plataforma tecnológica – e não para ela -, não atende aos critérios definidos nos artigos 2º e 3º da CLT, pois o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer exigência de trabalho mínimo (...)”.

Dessa forma, verificamos que inexistente a relação de emprego entre os motoristas de aplicativo, conforme pode ser visualizado pelas mais recentes decisões jurisprudenciais das maiores instâncias do país.

Passamos, então, a conclusão do trabalho, onde verificaremos a existência de possíveis alternativas aos trabalhadores motoristas de aplicativo, também dadas por lei, e que podem facilitar a manutenção do trabalho por parte destes profissionais no Brasil.

CONCLUSÃO

À medida que novas tecnologias vão surgindo, é normal que exista a transformação da realidade social das pessoas, impactada diretamente por estas novas tecnologias.

Quando falamos na situação dos motoristas de aplicativo, a situação é a mesma: trata-se de nova categoria, que hoje o direito – não só brasileiro, como também o estrangeiro – tem dificuldade em analisar.

Isso porque, no decorrer do trabalho, alguns podem entender por haver muita exploração por parte dos aplicativos de transporte, uma vez que a contrapartida dada pelos motoristas é um percentual na sua maioria alto e não existe nenhum tipo de direito a férias, décimo terceiro salário, ou auxílio-doença, por exemplo.

A legislação brasileira atual, como vimos, não entende que o motorista de aplicativo é empregado. Existem jurisprudências que vem se consolidando cada dia mais no dia a dia do meio jurídico neste sentido. Isso não significa, no entanto, que estes motoristas se encontram desamparados por parte do Estado.

A possibilidade de regularização deste profissional como Microempreendedor Individual – MEI, permite a ele a obtenção de algumas contrapartidas por parte do Estado quando delas necessitar: auxílio-doença, auxílio maternidade e este enquadramento auxilia na contribuição para a aposentadoria destes motoristas, em troca de uma contribuição baixa de impostos para o país.

Nesse sentido, é importante salientar que esta é uma das saídas possíveis ao trabalhador motorista de aplicativo, e que a descaracterização deste trabalhador como empregado das empresas de aplicativo pode ocorrer cada vez mais pelos tribunais superiores ou pode haver mudança de entendimento – ainda que, neste último caso, haja o desestímulo a continuidade das operações de empresas do tipo no país, uma vez que, para este modelo de negócios, existe o grande interesse em parceiros comerciais e o mínimo possível em empregados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE NETO, G S; SILVA, J P S; PORTUGAL, L S. **Uma análise do uso de aplicativos de transporte individual e remunerado: uma revisão de literatura.** Disponível em: http://www.anpet.org.br/anais/documentos/2019/Gest%C3%A3o%20de%20Transportes/Sist.%20Intelig.%20Aplic.%20Gest%C3%A3o%20Transportes/1_533_AC.pdf

HOFFMAN, G. **Motorista de Uber: onde está a subordinação para ser empregado?** Granadeiro Guimarães, 2018. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2018/09/12/motorista-de-uber-onde-esta-a-subordinacao-para-ser-empregado>

MATTOSO, J. **Tecnologia e emprego: uma relação conflituosa.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8839200000300017

MAZARÃO, S. **Requisitos para a caracterização do vínculo de emprego.** Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://soraiametto.jusbrasil.com.br/artigos/294486332/requisitos-para-a-caracterizacao-do-vinculo-de-emprego>

MEROLA, S. **Por que não existe vínculo de emprego entre motorista e Uber?.** Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://sergiomerola85.jusbrasil.com.br/artigos/425832306/por-que-nao-existe-vinculo-de-emprego-entre-motorista-e-uber>

PINTO, V A. **Relação de trabalho e relação de emprego: entenda as diferenças.** Disponível em: <https://aepadvogados.net/direito-do-trabalho/relacao-de-trabalho-e-relacao-de-emprego/>

PRADO, M. **Entregadores e motoristas de aplicativos resistem à 'uberização' do trabalho.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-20/monique-prado-uberizacao-trabalho-resistencia-trabalhadores>

RIBEIRO, R A D; RIBEIRO, T S. **Da relação de emprego (trabalho ilícito, trabalho proibido e atividade ilícita do empregador).** Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52135/da-relacao-de-emprego-trabalho-ilicito-trabalho-proibido-e-atividade-ilicita-do-empregador>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 164.544 – MG.** Disponível em: ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100496223&num_registro=201900799520&data=20190904&tipo=5&formato=PDF

TERCIOTI, A C G. **O princípio da primazia da realidade e a importância de sua aplicabilidade no direito do trabalho.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/o-principio-da-primazia-da-realidade-e-a-importancia-de-sua-aplicabilidade-no-direito-do-trabalho/>

A NECESSIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NAS AÇÕES EXPROPRIATÓRIAS PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA SOB A ÓPTICA DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41

THIAGO REIS BERNABEU:
Bacharelado em Direito pela Faculdade
Metropolitana de Manaus

RESUMO: Este artigo científico apresenta uma abordagem sobre o Licenciamento Ambiental e cuja delimitação é A necessidade do licenciamento ambiental nas ações expropriatórias para fins de utilidade pública sob a óptica do decreto-lei nº 3.365/41, partindo do pressuposto de que o meio ambiente é direito fundamental de acordo com o preconizado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º. A abordagem apresentada ampara-se na inquirição em torno da necessidade do licenciamento ambiental como condição específica nas ações expropriatórias com finalidade para obras públicas. O objetivo do artigo é demonstrar a partir de estudo, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a necessidade de uma nova interpretação do art. 13 do decreto-lei nº 3.365/41. Para tanto, inicialmente, são apresentadas o condicionamento da concessão da imissão da posse, liminarmente, à comprovação da expedição de licença de instalação. Em ato contínuo, discorre-se na análise da produção jurisprudencial com enfoque no andamento dos processos de desapropriação à segurança das questões ambientais. Conclui-se com a demonstração dos benefícios da obtenção das licenças previa e da instalação antes do ingresso da ação expropriatórias.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito Ambiental 2. Licença Ambiental 3. Ação Expropriatória.

SUMÁRIO: Introdução – 2. Da constitucionalização do meio ambiente: 2.1 Visão do meio ambiente pré e pós Constituição de 1988; 2.2 Temática ambiental no cenário internacional antes da Conferência de Estocolmo – 3 Da política nacional do meio ambiente – PNAM: 3.1 Do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA; 3.2 Dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente – 4 Licenciamento Ambiental no Ordenamento Jurídico Brasileiro – 5. Conclusão – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Ao escolher o tema mais especificamente, sobre A necessidade do licenciamento ambiental nas ações expropriatórias para fins de utilidade pública sob a óptica do decreto-lei nº 3.365/41, este trabalho de pesquisa dará oportunidade para esclarecer que o licenciamento ambiental é um dos instrumentos trazidos pela Política Nacional do Meio Ambiente, e é sem dúvidas, um dos principais mecanismos utilizados para efetuar a proteção desse bem comum, e que cuja proteção efetuada pelo licenciamento ambiental é operada de forma a prevenir os danos ambientais que podem advir de empreendimentos ou atividades que utilizem, de alguma forma, os bens ambientais para atingir suas metas mercadológicas.

A problemática aqui apresentada ampara-se na investigação de urgente necessidade de modernização das normas reguladoras dos processos expropriatórios, garantindo a todos a

valorização e o resguardo de um meio ambiente equilibrado, o que se traduz em garantia constitucional.

O objetivo do artigo é salientar, a partir de estudo, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a necessidade de uma nova interpretação do art. 13 do decreto-lei nº 3.365/41 como condição específica das ações expropriatórias. O referido tema encontra-se amparado e na análise adotada para dar sustentação a referente pesquisa, pela Constituição federal de 1988, bem como no decreto-lei 3.365/41 e pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

No que alude a metodologia, utilizou-se o que segundo Marconi e Lakatos (2008), “a pesquisa qualitativa pode ser caracterizada por um espectro de métodos e técnicas, adaptados ao caso específico, ao invés de um método padronizado único”. De acordo com Denzin & Lincoln (2010), “a pesquisa qualitativa é um campo de investigação que atravessa disciplinas e temas, que pode ser considerado um grande guarda-chuva que recobre diferentes abordagens usadas para descrever, compreender e interpretar experiências, comportamentos, interações e contextos sociais. Para o autor Antônio Carlos Gil (2002) “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”.

Este trabalho acha-se distribuído em três (3) tópicos, onde o primeiro tópico alude-se acerca da constitucionalização do meio ambiente, ressaltando como era a temática ambiental como a visão do meio ambiente pré e pós constituição de 1988, bem como era o cenário internacional antes da Conferência de Estocolmo. Sobre o segundo tópico apresentar-se-á a Política Nacional do Meio Ambiente - PNAM com enfoque no Sistema Nacional do Meio Ambiente abordando as considerações constituídas pelos instrumentos da Política Nacional do Meio ambiente traçados pela Lei nº 6.938/81.

Por fim, o terceiro tópico irá expor os temas relativos a licença ambiental, utilizando o entendimento dos retrocitados doutrinadores acerca do licenciamento ambiental e como a utilização de jurisprudência buscando solucionar estes conflitos, uma vez que, os magistrados e/ou tribunais e juízes tomam decisões que são interpretadas como leis, permitindo assim, que as jurisprudências sejam usadas com a mesma importância da lei.

2.DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Ao dar início as exposições apresentadas no presente artigo é preciso fazer algumas ponderações acerca do quadro de proteção do meio ambiente no cenário constitucional brasileiro passou por diversas fases até que se chegasse ao modelo que hoje se encontra amparado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo (BRASIL, 2018).

No que se alude acerca do conceito, o meio ambiente está conceituado no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física,

química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 2019).

Destarte, diferentemente das Constituições anteriores, a Carta Constitucional de 1988, dedicou ao meio ambiente, um capítulo inteiro do seu texto. Todavia, para que os legisladores pátrios, bem como os estrangeiros, reconhecessem o meio ambiente como sujeito de direito *per si*, muitos esforços tantos sociais, internacionais como políticos, tiveram que se coadunar em um único clamor em prol da proteção do meio ambiente, e por via de consequência da própria sobrevivência do ser humano.

2.1 Visão do meio ambiente pré e pós Constituição de 1988

É muito importante ressaltar que segundo o contexto constitucional no que se refere quanto ao ingresso da consciência e proteção constitucional do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que em comparação a outros ordenamentos jurídicos, o Brasil ocorreu de forma tardia, posta a primeira Constituição Brasileira a tratar desta temática foi a Constituição de 1988.

Em razão desses apontamentos, pode-se elucidar que antes da entrada em vigor do mencionado texto constitucional, o meio ambiente classificava-se como um bem jurídico accidental, posto que o foco da proteção não pairava na questão da preservação do meio ambiente, mas em outro direito fundamental garantido aos brasileiros: o direito à saúde.

Dando ênfase ao entendimento apresentado, ao tratar da definição de meio ambiente, Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 142-143) destaca que:

“O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, como base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis n.ºs. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, conforme preleção de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (2011), “os primeiros passos da caminhada que cominou com a classificação do meio ambiente como matéria constitucional foram dados quando a problemática da degradação ambiental começou a afetar o direito fundamental à saúde”.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2000), traz a seguinte afirmação acerca da tutela jurídica do meio ambiente “o problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade de vida humana”, em outras palavras, o direito à saúde.

Desta forma, não haveria momento mais oportuno para o legislador demonstrar preocupação com o binômio “*qualidade do meio ambiente e qualidade de vida*”, face a direta e proporcional relação, visto que quando pior a qualidade do meio ambiente, pior será a saúde do cidadão.

Seguindo esta temática, os professores Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala referem que “*no modelo constitucional anterior ao vigente, o meio ambiente era entendido em uma perspectiva individualizada, tido como bem sem apreciação de valor pecuniário, razão pela qual figurava como res nullius, respeitando-se objetivamente, a questão inerente ao direito de propriedade, decorrendo diretamente da relação do possuidor com o bem ambiental*” (LEITE, 2002).

No mesmo sentido, convém colacionar o entendimento trazido pelo art. 584 do Código de Beviláqua, *in literis*, uma das poucas normas pré-constituição de 1988, que versava sobre o meio ambiente, ainda que fosse no âmbito do direito de vizinhança.

Art. 584. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistentes.

Ressalte-se, ainda, que àquela época existissem algumas normas ambientais de grande repercussão, como o Código Florestal de 1965, o Código de Fauna, Lei nº 5.197/1967, bem como a Lei nº 6.938/1981, apenas esta última que efetivamente continha o novo posicionamento da proteção ambiental, trazido em grande parte pelos eventos desencadeados a partir da década de 1970.

Mitigando um pouco mais sobre essas questões, pode-se afirmar que hoje, nos termos do art. 225 da CRFB/1988, o meio ambiente é um bem jurídico de interesse difuso e de terceira geração, visto que todas as pessoas, de forma indistinta, usufruem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que por via e consequência, está intimamente ligado ao direito fundamental à vida.

A Constituição Federal de 1988 em seu Capítulo VI alude acerca Do Meio Ambiente Legislação Federal, (Brasil, 2008), dispondo que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

- III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
- § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
- § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
- § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
- § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
- § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Em linhas gerais, apesar de antes da Constituição de 1988 existirem no nosso ordenamento jurídico leis que tutelavam questões ambientais, quase que exclusivamente na perspectiva econômica, somente após o advento da Constituição Cidadã que o meio ambiente virou bem jurídico *per se*, bem como alcançou o patamar de direito fundamental

Portanto, com base nas disposições apresentadas, pôde-se abranger que o procedimento adotado para a inserção do meio ambiente nos instrumentos normativas constitucional dos países, entre estes, o próprio Brasil.

2.2 **Temática ambiental no cenário internacional antes da Conferência de Estocolmo**

Ao tentar explicar o termo ambiental, insta elucidar que ao longo dos séculos o ser humano explora os recursos naturais, de forma a ser atendido os seus desígnios econômicos e sociais. Em face de toda a citada prática desmedida, em determinado momento a natureza demonstraria sinais de cansaço, o que de fato o fez, e que não conseguiria recuperar os recursos naturais na mesma velocidade que o homem é capaz de destruir.

No mesmo ensejo, elucidada-se conforme o esclarecimento trazido pelos professores José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala:

A preocupação jurídica do ser humano com a qualidade de vida e proteção do meio ambiente, com bem difuso, é tema recente. Pode-se dizer que essas questões só vieram alcançar interesse maior dos Estados a partir da constatação da deterioração da qualidade ambiental e da limitabilidade do uso dos recursos naturais, ou seja, com a referido crise ambiental e o desenvolvimento econômico.

Evidencia-se, tal afirmação, que o homem dispunha de uma ideia utilitarista do meio ambiente, com fundamento na visão antropocêntrica extremada, inadmitindo a ideia que era possível conciliar o desenvolvimento econômico e a perenização dos recursos naturais, mesmo que fosse pela ótica de que estas eram recursos econômicos a serem explorados.

Com tal raciocínio utilitarista do meio ambiente, o homem se apontava como senhor absoluto dos recursos naturais, podendo, portanto, explorá-los da forma que lhe provesses, não importando o impacto que esta exploração desmedida poderia trazer as presentes e vindouras gerações, agarrando-se apenas aos lucros que seriam obtidos com a exploração imediata dos recursos naturais.

De acordo com as pressões sociais exercida pelos movimentos sociais da década de 1960, que contribuíram para a fortificação do entendimento de que o meio ambiente carecia de proteção jurídica, os Estados se viram compelidos a iniciar, juntamente com outros entes internacionais, discussões sobre políticas internas e externas, voltadas à proteção do meio ambiente, posto que sua temática transcendia as fronteiras da economia.

Mitigando um pouco mais sobre essa questão, o professor Paulo Roberto Pereira de Souza (2010) elucidou que *“para enfrentar a questão ambiental o Direito e a Economia tiveram que superar suas diferenças e se unir para buscar a conciliação entre desenvolvimento e preservação da qualidade ambiental como base do direito constitucional à vida com qualidade”*.

Segundo o entendimento do supracitado autor, assim, nasceram o Direito Ambiental e a denominada Economia Ecológica, ramos do saber preocupados com a construção da chamada sociedade sustentável.

Destarte, em 22 de abril de 1970, nos Estados Unidos da América, registrou-se a ocorrência da primeira manifestação em prol do meio ambiente, que atingiu repercussão em escala global, sendo conhecida como o Dia da Terra, demonstrando que aos países o quanto a população esperava por políticas voltadas à proteção do meio ambiente.

Diante dessas novas configurações, muito embora tenha sido no ano de 1970 que se tenha demonstrado a grande relevância para a temática ambiental, efetivamente, foi no ano de 1972, com a realização da Conferência de Estocolmo, que trouxe o verdadeiro divisor de águas na questão da proteção do meio ambiente no âmbito internacional.

No que concerne, em linhas gerais, Estocolmo tinha o fito de inventariar os problemas ambientais que já haviam ocorrido em todo o mundo durante as décadas passadas, apontando, ainda, soluções que deveriam ser implementadas por meios de políticas governamentais nos ordenamentos jurídicos dos Estados participantes da Conferência, para se ver uma atuação preventiva por parte das Nações. Assim sendo, nos anos que se seguiram após a realização da Conferência de Estocolmo, se apresentaram mais que evidentes os avanços na temática da tutela jurídica do meio ambiente.

Insta mencionar que segundo o parecer da professora Telma Bartholomeu Silva Chiuviute (2010), que *“diversas foram as Constituições formuladas pós Estocolmo, e apresentaram nos seus textos, expressamente, alguma proteção ao meio ambiente”*. Portanto, destaca-se entre elas, a nossa Carta Constitucional de 1988, que hoje, possui um dos mais avançados e completo sistema normativo de proteção ao meio ambiente, sendo descrita por muitos como uma Constituição Verde.

3. DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – PNAM

A título de entendimento, em escala de grande importância, depois do tópico destinado à proteção do meio ambiente na Carta Constitucional de 1988, temos a Lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – PNAM, considerada a mais importante norma de proteção ambiental do nosso país.

A Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, possui como fundamento legal a competência atribuída à União para legislar sobre as matérias contidas nas questões de proteção da saúde, florestas e águas, delineada no art. 8º, XVII, “c”, “h”, e “i” do texto constitucional de 1967.

Dando prosseguimento ao pensamento mencionado no tópico antecedente, o citado diploma legal é considerado por muitos estudiosos, como o primeiro passo da produção normativa que atribuía alguma proteção ao meio ambiente propriamente dito.

Destarte, estudiosos como Carolina Salles (2009), refere que *“a ação governamental objetiva a manutenção do equilíbrio ecológico, sendo certo que o meio ambiente é um patrimônio público de uso coletivo e deve ser necessariamente protegido. Por isso é que a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente há de constituir uma preocupação do Poder Público e, conseqüentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e expande a vida humana”*.

Os estudiosos do direito adeptos a este posicionamento teórico, elucidam que após um longo período de escassa e fragmentada produção legislativa em matéria ambiental, a PNMA veio estabelecer um verdadeiro divisor de águas na questão da tutela jurídica do meio ambiente. Oportunamente, deve-se entender que à época da elaboração do texto da lei *in comento*, o cenário internacional já havia passado por diversas mudanças quanto a questão ambiental e desenvolvimento econômico.

Destarte, diante de tal situação, o Brasil não podia figurar de forma inerte às mudanças político-normativas que estavam impulsionando a onda ambientalista que dominava as discussões entre os chefes de Estados em âmbito internacional, bem como a pressão interna exercida pela camada composta pelos cidadãos engajados.

Buscando apresentar melhores entendimentos, segundo Romeu Faria Thomé da Silva (2011), a PNMA “*é norma geral sobre a proteção ambiental, pois estabelece princípios, objetivos e instrumentos para a implementação da preservação dos recursos naturais no país, além de instituir o Sistema Nacional de Proteção do Meio Ambiente – SISNAMA*”.

Corroborando com o mencionado no parágrafo acima, a autora Maria Cecília Junqueira Lustosa et. al., (2003) entende-se ainda, que a PNMA “*como um conjunto de metas e mecanismos que é, visa diminuir os impactos negativos da ação humana sobre o meio ambiente, regulando por meios de seus instrumentos a ação antrópica sobre o meio ambiente*”.

Neste mesmo termo, o autor Paulo de Bessa Antunes (2008), a PNMA pode ser entendida como “*o conjunto de instrumentos legais, técnicos, científicos, políticos e econômicos destinados à promoção do desenvolvimento sustentado da sociedade e economia brasileira*”.

Desta forma, com base nos entendimentos apresentados, alude-se o exposto pelo professor José Afonso da Silva (2000), que traz a seguinte ponderação acerca da criação e funcionamento da PNMA:

A concepção de uma Política Ambiental Nacional foi um passo importante para dar tratamento global e unitário à defesa do meio ambiente no país. Mas essa concepção não é bastante em si mesma, porque há de ser uma parte integrante das políticas governamentais, visto que terá de compatibilizar-se com objetivos de desenvolvimento econômico-social, urbano e tecnológico.

Depreende-se do art. 2º da Lei nº 6.938/81, *in literis*, que a finalidade precípua da política instituída pela citada lei é, sem embargos, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, fundamento essencial à qualidade de vida do ser humano.

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança

nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos aos seguintes princípios.

Desta forma, em função da necessidade de se ter uma norma que, efetivamente, trouxesse resultados para a harmonização do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, a política instituída, necessariamente, deveria ter funcionamento em todos os níveis da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), para que com uma atuação integrada a PNMA cumprisse com os seus objetivos.

Segundo a autora Carolina Salles (2009), “*o objetivo da PNMA é de regulamentar as várias atividades que envolvam o meio ambiente, para que haja preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, tornando favorável a vida, assegurando à população condições propícias para seu desenvolvimento social e econômico, esses objetivos para serem atingidos, devem ser orientados por princípios, fundamentais na busca da proteção ambiental*”.

Assim, com esse ideal, o legislador pátrio, com a criação da Lei nº 6.938/81, antecipou a regulamentação constitucional da matéria referente à competência administrativa ambiental, que somente viria a ocorrer em 1988 no art. 23 incisos Vi e VII da CRFB.

3.1 Do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA

Em limitada síntese, o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, segundo disposição do art. 6º da lei em questão, *ipsis literis*, é o funcionamento do conjunto de órgãos e entidades dos entes federativos e fundações do poder público, que são responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente.

Art. 6º. Os órgãos e entidade da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, assim estruturado.

Com a criação do SISNAMA, o legislador objetivava criar uma rede de agências governamentais, como citado anteriormente, em todos os níveis da federação, objetivando a implementação de um mecanismo administrativo que, de forma eficiente, cumprisse com os objetivos instituídos pela PNMA.

Nos termos da Lei nº 6.938/81, regulamentada pelo Decreto nº 9.927/90, o SISNAMA deve ser estruturado por alguns órgãos em todos os níveis da federação, para que a atuação local possa aumentar a efetividade do Poder de Polícia exercido.

Sob o viés jurídico, os órgãos componentes da PNMA, além de constituídos por órgãos federais, possuem como integrante órgãos estaduais (seccionais) e municipais (locais), como bem explana o autor Romeu Thomé Faria da Silva (2011), que, de forma geral, são os que compõem a estrutura do SISNAMA.

3.2 Dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente

Diante da presente pesquisa, observou-se que se era imprescindível que o cumprimento dos objetivos traçados no art. 4º da Lei nº 6.938/81 tivesse à sua disposição os meios postos em prática. Assim sendo, ao longo dos incisos trazidos pelo citado art. 9º, encontramos a descrição dos instrumentos utilizados pela PNMA para a efetivação da proteção ao meio ambiente, dentre estes, a avaliação de impacto ambiental e o licenciamento ambiental.

3.2.1 Avaliação de impacto ambiental

De acordo com Romeu Thomé Faria da Silva (2011), a avaliação de impacto ambiental pode ser definida como:

Instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos capaz de assegurar, desde o início do processo, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados de forma adequada ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles considerados. Além disso, os procedimentos devem garantir a adoção das medidas de proteção do meio ambiente determinadas, no caso de decisão sobre a implantação do projeto.

Estribando-se no entendimento de Paulo Affonso Leme Machado (2020), entende-se que os instrumentos da PNMA foram criados para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Acertadamente, as autoras Ana Maria Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder, (2008) trazem a seguinte afirmação acerca do tema:

Sua natureza jurídica é pré-procedimento administrativo, vinculado ao licenciamento ambiental, de natureza constitucional, destinado a avaliar impactos e definir medidas mitigadoras e/ou compensatórias pela introdução de atividade significativamente degradante.

Neste sentido, o art. 10 da Lei nº 6.938/81, traz as hipóteses em que se fazem necessário à concessão de licença ambiental. A Resolução CONAMA 001/86, em complemento à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, define o que se entende por impacto ambiental, firmando, ainda que toda atividade modificadora do meio ambiente, para que sejam autorizadas devem ser submetidas ao processo de licenciamento ambiental.

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Com base neste entendimento e com o fito de esclarecer o que é impacto ambiental, a própria Resolução traz sua definição legal:

Art. 1º. Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia, resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, a afetam.

Ressalta-se que o rol de atividades sujeitas ao licenciamento ambiental trazido pela Resolução 001/86 é meramente exemplificativo, visto que, surgindo nova atividade que antes não prevista na relação da Resolução, a Administração não estará impedida de atuar.

4 Licenciamento Ambiental no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O principal pilar da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, sem dúvida, é o procedimento administrativo denominado licenciamento ambiental. Nos termos dos professores Fink, Alonso Júnior e Dawalibi (2004):

Inútil para alguns, moroso, porém necessário para outros, o licenciamento de atividades degradantes que consomem recursos naturais ainda é o instrumento mais capaz de compor o conflito que se convencionou denominar desenvolvimento sustentável.

Utilizando-se do pontual entendimento dos retrocitados doutrinadores, o licenciamento ambiental é entendido da seguinte forma:

Segundo a Resolução Conama nº 237/97, licenciamento ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente verifica a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados efetivos ou potencialmente poluidores ou que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Vejamos a definição legal de licenciamento trazido pelo art. 1º, inciso I, da Resolução Conama nº 237/97:

Art. 1º. Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental e competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentadores e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

É muito importante ressaltar que segundo o contexto aludido pelos doutrinadores Fink, Alonso Júnior e Dawalibi (2004), trazem pedagogicamente a interpretação acerca do licenciamento ambiental:

Procedimento colocado à disposição dos interessados, por meio do qual o Poder Público, mediante controles prévios – licenças -, verifica a regularidade técnica e jurídica de determinadas atividades efetiva ou potencialmente causadoras de significado impacto ambiental, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção de recursos naturais.

Partindo desse princípio e utilizando-se os abalizados entendimentos supra, pode-se afirmar que o maior objetivo do licenciamento ambiental é, conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, em vista de sua vital figuração nos variados elementos componentes da vida da população.

Todavia, o licenciamento ambiental não se reduz a mero ato administrativo, mas, um verdadeiro concatenamento de procedimentos que visa aferir se determinada atividade, com potencial grau de predatório, encontra-se dentro do nível ambientalmente aceitável, e se apresenta medidas adequadas para mitigar o dano que possivelmente decorrerá do ato.

Desta forma, após a conclusão das etapas administrativas que compõem o procedimento administrativo complexo que é o da licença, compete à Administração Pública expedir a licença ambiental.

Vale mencionar que, de modo geral, compete ao órgão estadual da estrutura do SISNAMA, proceder com a análise do requerimento da expedição de licença ambiental, mas tendo em vista a competência originária do IBAMA para proceder com o licenciamento ambiental, caso o órgão estadual demonstre-se inerte, ou tenha agido de forma inapropriada, aquele poderá atuar de forma supletiva, sem prejuízo da competência do órgão local.

Assim sendo, para efeito da repartição da competência do licenciamento, o legislador brasileiro optou por utilizar o critério da possível extensão do dano que o empreendimento pode acarretar para o meio ambiente. Assim, dependendo do âmbito da influência do impacto ambiental, será o órgão federal, estadual ou municipal o ente dotado de capacidade para o procedimento, conforme descrito nos art. 4º e 5º da Resolução nº 237.

Como podemos analisar acima, observa-se, que no ordenamento jurídico brasileiro a licença expedida pela administração não é a única nem genérica, para cada fase do empreendimento será necessário o requerimento de um tipo de licença ambiental.

Com relação a este entendimento, a doutrinadora Telma Bartholomeu Silva Chiuvite (2010), refere que a licença ambiental *“é o ato administrativo pela qual o órgão ambiental estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor ou pessoa jurídica, para localizar, instalar e operar o seu empreendimento”*.

Na legislação ambiental brasileira compõem-se em três espécies de licenças ambientais: Licença Prévia; Licença de Instalação e Licença de Operação, previstas no art. 8º da Resolução nº 237.

Cada uma das mencionadas licenças será adequada para uma fase do empreendimento, podendo estas, ser expedidas isoladas ou sucessivamente, dependendo da natureza, características e momento em que o empreendimento ou a atividade se encontrem.

No que tange acerca da licença Prévia (LP), definida pelo art. 8º, inciso I da Resolução nº 237 CONAMA, *in literis*, é solicitada na fase preliminar do planejamento da atividade. É ela que comprova a viabilidade ambiental do empreendimento, aprovando, portanto, sua localização e concepção, definindo, ainda, as medidas mitigadoras e compensatórias dos impactos negativos do projeto, procedendo-se, também, com os estudos de viabilidade do projeto.

Art. 8º - (...)

I – Licença prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou a atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

Com relação ao artigo supracitado, sua finalidade é estabelecer as condições com as quais o projeto deve comprometer-se e praticar, tornar possível a compatibilização da preservação do meio ambiente com o progresso econômico, é também um compromisso assumido pelo empreendedor de que seguirá o projeto de acordo com os requisitos determinados pelo órgão ambiental. O prazo de validade desta licença não pode ser superior a cinco anos.

A segunda espécie de Licença é o de Instalação (LI), definida no inciso I do art. 8º da Resolução nº 237 CONAMA, *in totum*, esta tem a finalidade de autorizar a instalação do empreendimento ou de atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante.

Art. 8º (...)

II – Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante.

Neste segundo momento, cabe ao interessado em obter a licença, cabe ao interessado em obter a licença elaborar e apresentar Projeto Executivo, enriquecendo o projeto original com detalhes técnicos essenciais à continuidade do procedimento de outorga de licença ambiental.

Como podemos observar, o objeto desta licença é a obtenção de autorização de instalação do empreendimento, vincula-se que o seu estabelecimento deve obedecer alguns parâmetros estipulados capazes de conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico. Desse modo, após a aprovação do citado Projeto Executivo, ocorre a concessão da LI, que disporá as especificações de ordem técnico-jurídicas para a efetiva proteção do meio ambiente, possibilitando a implantação do projeto, empreendimento, como bem explana o doutrinador Talden Farias (2009).

No que concerne às situações relatadas acima, podemos afirmar que a obtenção da LI, traz os seguintes efeitos:

- I – autorização para o início das obras;
- II – concordância com as especificações constantes dos planos, programas e projetos ambientais, bem como se cronograma;
- III – aferição do atendimento das condicionantes estabelecidas pela LP;
- IV – estabelecimento de medidas de controle ambiental, a fim de garantir a fase de implantação do empreendimento;
- V – estabelecimento das condicionantes da LI.

Por outrora, a última forma de licença necessária para o estabelecimento de empreendimento que traga alguma forma de dano ao meio ambiente é a Licença de Operação (LO), definida no inciso III do art. 8º da Resolução Conama:

Art. 8º (...)

III – Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

As disposições acerca do conceito trazido por várias doutrinas, a LO autoriza a operação da atividade ou do empreendimento, após se verificar que as condicionantes nas licenças anteriormente concedidas, bem como as medidas de controle ambiental, encontram-se devidamente atendidas. Buscando, a mencionada licença, a manutenção do equilíbrio entre o meio ambiente e empreendimento.

Nos termos do Acórdão 516/2003 – TCU Plenário, em caso de início de obras sem a devida Licença de Operação, interpreta-se tal ato como indício de grave irregularidade administrativa, o que per si, permite a interrupção de repasses das verbas públicas, caso financie o empreendimento.

Portanto, fica entendido sobre os instrumentos trazidos pela Política Nacional do Meio Ambiente.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se discorrer sobre a importância dos instrumentos trazidos pela Política Nacional do Meio Ambiente através do licenciamento ambiental nas ações expropriatórias com fins de utilidade pública, sob a óptica do decreto-lei nº 3.365/41, abordando sob o foco científico, como o estudo do licenciamento ambiental prévio evitaria o desperdício de verba pública e principalmente de desapropriação de áreas inapropriadas para determinadas obras públicas, evitando assim, prejuízos diversos, tanto na área ambiental como na perda de verbas públicas.

Inicialmente, discorreu-se sobre o conceito acerca do licenciamento ambiental, entendendo o seu processo de desenvolvimento e trazendo ao presente artigo a importância de tratá-lo como um dos principais mecanismos utilizados para efetuar a proteção do bem comum.

Em seguida, definiu-se a constitucionalização do meio ambiente, as divergências doutrinárias acerca do tema, discorrendo sobre as diferentes Constituições do nosso ordenamento jurídico sobre o assunto tendo como base, a visão do meio ambiente pré e pós Constituição de 1988.

Em ato contínuo, esclareceu-se sobre a temática ambiental no cenário internacional, utilizando como marco a Conferência de Estocolmo. Discorremos também sobre a importância da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, protegida pela Carta Constitucional de 1988 e pela Lei nº 6.938/81, bem como pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Assim, com base nas exposições apresentadas, pode-se concluir que os instrumentos da Política nacional do Meio Ambiente, tem por finalidade em sua instituição a proteção do meio ambiente, tornando-se imprescindível sua prática, bem como os objetivos traçados pela Lei nº 6.938/81 que a rege, aludindo sobre seu principal pilar que é o licenciamento ambiental.

Apesar dos objetivos terem sido viabilizados, é importante ressaltar que este trabalho é preliminar, portanto, as pesquisas devem continuar, seja em nível acadêmico ou profissional, sendo atualizadas para se aprofundar no tema em debate.

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11ª edição amplamente reformulada. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. BDjur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8643>>. Acesso em: 27 de agosto de 2020. 14h:10min.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Código Civil de 1916. Código instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, também conhecido como **Código Beviláqua**. Entrou em vigor em janeiro de 1917 e permaneceu vigente no país até janeiro de 2002. Seus 2.046 artigos aparecem divididos em dois grandes blocos: Parte geral e Parte especial.

_____. **Decreto nº 9.9274, de 6 de junho de 1990**. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que **dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm>. Acesso em: 17 de outubro de 2020. 14h:38min.

_____. **Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967**. **Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm#:~:text=Art.,%2C%20destrui%C3%A7%C3%A3o%2C%20ca%C3%A7a%20ou%20apanha>. Acesso em: 27 de outubro de 2020. 09h:01min.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Consultoria Jurídica. Legislação Ambiental Básica / Ministério do Meio Ambiente. Consultoria Jurídica. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, UNESCO, 2008. 350 p.: il.; 25,5 cm.

_____. [Leis etc.]. **Vade mecum compacto. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Antonio Toledo Pinto et al**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a **Política nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências**. Legislação Federal. Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil03/leis/L6938compilada.htm>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020. 09h:19min.

_____. **RESOLUÇÃO Nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre **licenciamento ambiental; competência da União, Estados e Municípios; listagem de atividades sujeitas ao licenciamento; Estudos Ambientais, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental**. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020. 13h24min.

CHIUVITE, Telma Batholomeu Silva. **Direito Ambiental**. Saúde Paulo: Barros, Fisher & Associados, 2010.

CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO. **A Conferência de Estocolmo e o pensamento ambientalista: como tudo começou**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-conferencia-de-estocolmo-e-o-pensamento-ambientalista-como-tudo-comecou/>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020. 11h:51min.

DENZIN, N. K. & LINCOLN, Y. S. (2010). Introdução: a disciplina e a prática da pesquisa qualitativa. In N. K. Denzin & Y. S. Lincoln (Orgs). O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens. (2ª Ed). Porto Alegre, RS: Editora Artmed.

FARIAS, Talden. **Introdução ao Direito ambiental**. Belo horizonte: Del Rey, 2009.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. Capítulo I com colaboração de André Camargo Horta de Macedo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GIL, Antônio Carlos. Como Elaborar projetos de pesquisa/ Antônio Carlos Gil. – 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica 1 Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. - 5. ed. - São Paulo: Atlas 2014, p. 116.

LEITE, Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silva. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 27º edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiro. 2020.

MARCHESAN, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo jurídico. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALLES, Carolina. **Política Nacional do Meio Ambiente e a eficácia de seus instrumentos**. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7500>. Acesso em: 17 de outubro de 2020. 09h:51min.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 1ª edição. Bahia: JusPODIVM, 2011.

A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E AS PRINCIPAIS MUDANÇAS FRENTE À LEI 13.467/17

JÚLIO CEZAR JOSÉ SANTANA:
Bacharelado do curso de Direito no
Centro Universitário São Lucas Ji-
Paraná.

Jefferson Freitas Vaz⁶²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata da cessação do contrato de trabalho e as principais mudanças frente à Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista). O objetivo da proposta é apresentar as principais características do contrato de trabalho, como também abordar as principais modificações que a reforma trabalhista trouxe ao mesmo, principalmente sob a perspectiva da justa causa. Nesse sentido utilizou-se como metodologia o referencial bibliográfico com documentos publicados a partir de 2017 (visto que a lei entrou em vigor em 11 de novembro de 2017). Cumpre salientar que a Reforma Trabalhista trouxe algumas importantes modificações no que tange a cessação do contrato de trabalho, e neste íterim, é importantíssimo promover discussões sobre tais mudanças. Este artigo faz alusão as principais modificações com destaque para o conceito genérico sobre o contrato de trabalho, a dispensa arbitrária e suas peculiaridades, a dispensa por decisão do trabalhador (demissão, rescisão indireta ou aposentadoria, e por parte do empregador (sem justa causa e com justa causa), morte, extinção da empresa, advento de novo termo de contrato, força maior, e *factum principis*. Como conclusões pode-se afirmar que até o momento a reforma não atingiu aos objetivos que se propunha de fomentar o mercado de trabalho através da desoneração de alguns setores; contudo, a mesma foi feliz em regulamentar algumas atividades e promover uma maior flexibilização sobre algumas atividades; com relação a cessação do contrato de trabalho, a legislação está bem desenvolvida e robusta; não há muitos pontos de discussão, inclusive o legislador trouxe mudanças significativas como o entendimento sobre a perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. Caso ainda haja novas necessidades de posicionamento por parte do legislador é importante sua movimentação, como também dos tribunais superiores na edição de entendimentos e jurisprudências.

Palavras-chave: Cessação; Contrato; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: This article deals with the termination of the employment contract and the main changes regarding Law 13.467 / 17 (Labor Reform). The purpose of the proposal is to

⁶² Professor orientador pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL. Especialista em Direito Processual Civil, 2003, ILES-ULBRA, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, 2006, CERS. E-mail: jefferson.vaz@saolucas.com.br.

present the main characteristics of the employment contract, as well as to address the main changes that the labor reform brought to it, mainly from the perspective of just cause. In this sense, the bibliographic framework with documents published since 2017 was used as methodology (since the law came into force on November 11.2017). In this sense, it should be noted that the Labor Reform brought some important changes regarding the termination of the employment contract, and in the meantime, it is very important to promote discussions about such changes. This article alludes to the main changes with emphasis on the generic concept of the employment contract, arbitrary dismissal and its peculiarities, dismissal by decision of the worker (dismissal, indirect termination or retirement, and by the employer (without just cause and with just cause), death, extinction of the company, advent of a new term of contract, force majeure, and factum principis. through the exemption of some sectors; however, it was happy to regulate some activities and promote greater flexibility over some activities; regarding the termination of the employment contract, the legislation is well developed and robust; there are not many points of discussion, including the legislator brought significant changes such as the understanding of the loss of qualification or of the requirements established by law for the exercise of professional due to willful misconduct by the employee. If there are still new positioning needs on the part of the legislator, their movement is important, as well as that of the higher courts in the editing of understandings and jurisprudence.

Keywords: Cessation. Contract. Labor Reform.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A REFORMA TRABALHISTA E A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO; 2.1 PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO; 2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO E A DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA; 2.2.1 Conceito genérico sobre o contrato de trabalho; 2.2.2 Dispensa arbitrária e suas peculiaridades; 2.2.2.1 Dispensa por parte do empregador (sem justa causa e com justa causa); 2.2.2.2 Dispensa do empregado sem a justa causa; 2.2.2.3 Dispensa do empregado com justa causa; 2.2.2.3.1 Ato de improbidade; 2.2.2.3.2 incontinência de conduta; 2.2.2.3.3 Mau procedimento; 2.2.2.3.4 Negociação habitual; 2.2.2.3.5 Desídia; 2.2.2.3.6 Embriaguez; 2.2.2.3.7 Violação de segredo de empresa; 2.2.2.3.8 Indisciplina; 2.2.2.3.9 Insubordinação; 2.2.2.3.10 Abandono e emprego; 2.2.2.3.11 Ato lesivo a honra e a boa fama; 2.2.2.3.12 Ofensa física; 2.2.2.3.13 Prática constante de jogos de azar; 2.2.2.3.14 Perda de habilitação para o exercício da profissão; 2.2.2.3.15 Atos atentatórios a segurança nacional; 4. ANÁLISE SOBRE A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO FRENTE ÀS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA; 4.1 Dispensa por decisão do trabalhador (demissão, rescisão indireta ou aposentadoria); 4.2 MORTE, EXTINÇÃO DA EMPRESA, MÚTUO ACORDO; 4.3 ADVENTO DE NOVO TERMO DE CONTRATO, FORÇA MAIOR, E FACTUM PRINCIPIS; 3 CONCLUSÃO; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A delimitação do tema abordado por este artigo é o Direito do Trabalho, com enfoque na cessação do contrato de trabalho. A pesquisa justifica-se frente à importância que o documento possui nas relações trabalhistas. Trata-se de um tema de grande relevância social,

principalmente frente ao número de demandas existentes relacionadas ao direito do trabalho envolvendo o contrato de trabalho e sua cessação.

O contrato de trabalho é um instrumento utilizado pelo Direito do Trabalho para formalizar a relação trabalhista entre empregador e empregado. O mesmo sofreu algumas alterações, não muito incisivas, mas que necessitam de uma abordagem um pouco mais aprofundada.

É nessa linha de pensamento que este artigo desenvolve-se buscando elucidar questões como, quais são os direitos trabalhistas do empregado quanto à cessação do contrato de trabalho por decisão do trabalhador. Como a reforma trabalhista pode contribuir na cessação do contrato de trabalho por mútuo acordo das partes.

É oportuno salientar que existe uma linha de catedráticos do Direito do Trabalho que critica a reforma trabalhista, afirmando que mesma não atingiu aos fins a que se dispunha inicialmente, como desburocratizar a relação de trabalho, fomentando a contratação e diminuição do desemprego.

Além disso, a reforma visava relativizar cada vez mais a relação trabalhista, fazendo com que empregador e empregado pudessem de fato estabelecer as suas necessidades.

Com base nestes conceitos iniciais é objetivo deste artigo de pesquisa abordar as mudanças trazidas pela reforma trabalhista, principalmente no que tange as rescisões que são orientadas pela vontade do empregador.

A pesquisa justifica-se frente à abordagem ainda bastante precoce dos efeitos que a cessação do contrato de trabalho pode trazer a relação contratual, e quais são os reais direitos dos empregados. Nesse sentido, a pesquisa busca abordar uma nova modalidade de justa causa, a extinção do contrato de trabalho por acordo, bem como, a homologação, o pagamento, a dispensa sem justa causa coletiva, e o plano de demissão voluntária ou incentivada.

Assim, pode-se verificar que a relação de trabalho através do contrato de trabalho é um dos mais relevantes acontecimentos na sociedade. É um documento que se encontra em todas as classes sociais, desde os pobres, aos mais ricos.

Esta pesquisa entende que o contrato de trabalho traz segurança jurídica e gera efeitos, tanto a empregadores como para empregados. Contudo, a reforma trabalhista trouxe algumas modificações, que são oportunas de serem abordadas dentro de uma pesquisa jurídica.

Nessa perspectiva, este estudo, em formato de artigo, buscará responder alguns questionamentos, onde o principal é, quais foram as consequências trazidas ao instrumento do contrato de trabalho através da vigência da reforma trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

São objetivos deste artigo, abordar os principais conceitos sobre o contrato de trabalho na doutrina moderna, com o objetivo de criar um conceito sobre o contrato de trabalho; verificar quais foram às principais mudanças trazidas pela reforma trabalhistas; analisar se

estas mudanças vêm atingindo aos fins a que se propunha e se as relações de trabalho realmente foram flexibilizadas; e apresentar um posicionamento sobre a questão e possíveis soluções.

A metodologia utilizada é o referencial bibliográfico com documentos publicados a partir de 2017. Utilizam-se como base artigos, livros e legislações que envolvem a cessação do contrato de trabalho.

A pesquisa aborda inicialmente a reforma trabalhista e a cessação do contrato de trabalho, com as primeiras impressões sobre o contrato de trabalho, as considerações sobre o contrato de trabalho e a despedida por justa causa, o conceito genérico sobre o contrato de trabalho, a dispensa arbitrária e suas peculiaridades.

Dá sequência apresentando a dispensa por parte do empregador (sem justa causa e com justa causa), dispensa do empregado sem justa causa, dispensa do empregado com justa causa. Nesta seção apresenta-se o ato de improbidade, a incontinência de conduta, o mau procedimento, a negociação habitual, a desídia, a embriaguez, a violação de segredo de empresa, a indisciplina, o abandono de emprego, o ato lesivo a honra e a boa fama, a insubordinação, a ofensa física, a prática constante de jogos de azar, a perda de habilitação para o exercício da profissão e os atos atentatórios a segurança nacional.

O artigo finaliza-se com a análise sobre a cessação do contrato de trabalho frente às modificações trazidas pela reforma trabalhista, com destaque para a dispensa por decisão do trabalhador (demissão, rescisão indireta ou aposentadoria), a morte, extinção da empresa, mútuo acordo, o advento de novo termo de contrato, força maior, e *factum principis*.

2. A REFORMA TRABALHISTA E A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A reforma trabalhista entrou em vigor em 11 de novembro de 2017. Todavia, até o momento muitas foram as dúvidas em torno do seu funcionamento e entendimento. Desde acadêmicos, estudiosos aos demais operadores do direito sobre as mudanças que seriam trazidas ao contrato de trabalho, principalmente sob a perspectiva do empregado.

Um dos principais objetivos da reforma trabalhista foi modernizar as relações de trabalho, além de adequar as regras existentes sobre as necessidades dos trabalhadores e empregadores, principalmente sobre a perspectiva da rescisão contratual.

A CLT, principal legislação que rege as relações de trabalho no Brasil, ainda que emendada, sofrendo diversas alterações com o tempo, não conseguiu dar dinamicidade a que o mercado de trabalho exige atualmente (BRASIL, 1943).

A legislação não conseguia, e acredita-se que até mesmo atualmente não conseguiu atingir todas as demandas trabalhistas. O fato é que o mercado de trabalho sempre busca alcançar as modificações sociais e abarcar a todas, mas nem sempre é possível frente às transformações trabalhistas atuais.

O principal documento que regula as relações trabalhistas no Brasil é a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), datada em 1943 (BRASIL, 1943), e que, durante estes quase 80 anos sofreu alterações, mas o cerne, o esqueleto, fez com que tornasse um entrave para muitas empresas, até mesmo contratarem frente à necessidade de obrigações trabalhistas assumidas.

2.1 PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho é um dos mais importantes documentos que uma sociedade tem em um ordenamento jurídico consolidado e forte. O contrato de trabalho possui como características termos, parâmetros acordados entre contratante e contratados.

Importa salientar que este documento não poderá conter cláusulas que vão de encontro ao que prediz a legislação, podendo ser considerado inválido. Além disso, deverá conter prazo, valores (salariais), carga horária, entre outros requisitos de suma importância.

O que ocorre é que até a reforma trabalhista, o contrato de trabalho estava bastante engessado na perspectiva jurídica. Isso porque, o mercado de trabalho brasileiro mudou. Crises, informalidade, novas tecnologias fizeram com que o trabalho sofresse modificações, e muitos dos trabalhadores ficaram fora da possibilidade de adquirir direitos até mesmo porque suas atividades não se enquadravam nas possibilidades disponíveis.

Na ânsia de atender as necessidades do mercado e da sociedade, o legislador propõe a Reforma Trabalhista. Trata-se de uma alteração da Lei que buscou combater o desemprego gerado no país desde o ano de 2014 e trazer uma maior flexibilização às relações de trabalho, inclusive cobrindo aquelas áreas do trabalho que antes trabalhavam na informalidade pelo motivo da lei não lhes dar suporte ainda.

Muitos criticam a reforma, afirmando que a mesma não atingiu aos fins que se destinava e que é necessário novos ajustes. Contudo, muitos acontecimentos ocorreram desde que a reforma trabalhista entrou em vigor.

Assim sendo, analisam-se os posicionamentos a respeito das mudanças trazidas pela reforma trabalhista frente à rescisão do contrato de trabalho. Tanto sob a perspectiva do trabalhador, como do empregador. Lembrando que, não é objetivo deste estudo esgotar o tema, e sim, abordar as suas principais características e modificações.

O contrato de trabalho sempre foi tema de polêmicas e estudos aprofundados no campo do Direito do Trabalho. E a reforma trabalhista atingiu justamente pontos chave do mesmo, trazendo modificações nos tipos de contrato de trabalho e nos modelos de rescisão.

Alguns chamam esta legislação atual (reforma trabalhista) como “nova CLT”, com regras que balizam este modelo como o contrato intermitente, contrato de profissional autônomo, até novos formatos de rescisão contratual ou de compensação de jornada de trabalho. Necessidades de um mercado que evolui a cada dia (PEREIRA; ORSI, 2019).

Em verdade ainda que alvo de muitas críticas e controvérsias, a Reforma Trabalhista trata-se de uma alteração extremamente necessária no sentido de facilitar os novos modelos

de contrato de trabalho que em formato “de gaveta” já eram uma realidade (COELHO; GASPAR; MIZIARA, 2019).

Cite-se o teletrabalho, conhecido como home office, realidade de muitos trabalhadores brasileiros, todavia que até a reforma trabalhista não apresentavam uma segurança jurídica.

Tais formatos buscavam inibir a quantidade de contratos informais que eram apresentados em demandas trabalhistas e outras relações, que faziam com que não houvesse um padrão a que o julgador pudesse se basear, inclusive fazendo com que muitos trabalhadores fossem cerceados de alguns direitos por esse motivo, havendo necessidade urgente de que esta lei fosse redigida e entrasse em vigor ajudando os funcionários a terem direito aos benefícios trabalhistas, nas distintas possibilidades e modelos contratuais (COELHO; GASPAR; MIZIARA, 2019).

Atualmente, os contratos de trabalho sofreram uma flexibilização, sendo que admiti-se o contrato de trabalho intermitente, como é o caso da jornada 12 horas por 36 horas, além do home office e o contrato de trabalho autônomo (bastante criticado pela doutrina) (PEREIRA; ORSI, 2019).

Estas novas regras trazidas pela reforma trabalhista ajudaram a oficializar formato que antes existiam (de forma paralela a lei), mas não estavam regulamentados. A principal modificação talvez seja o contrato intermitente. Trata-se daquele onde o empregado, subordinado ao empregador, não apresenta uma habitualidade na prestação de serviços, alternando entre períodos de trabalho e períodos de inatividade.

Segundo o artigo 452, da Lei Nº 13.467, de 13 de Julho de 2017,

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Estas inatividades podem ser de dias ou de horas, ou até meses. Segundo preconiza o artigo 452-A e ss., da CLT (BRASIL, 1943).

Quando em inatividade, não se considera o empregado a disposição do empregador, de modo que não será remunerado, justamente por isso, o mesmo poderá prestar serviços a outros empregadores (BRASIL, 2017).

Resumidamente, no trabalho intermitente (o trabalhador estará devidamente registrado e vinculado à empresa, o mesmo receberá apenas pelos dias trabalhados). Nestes casos, o contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, conforme preconiza o artigo 452-A, caput. (Dentre os requisitos deverá haver o valor da hora de trabalho (não podendo ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo), ou até mesmo do valor pago aos demais empregados da organização que exerçam a mesma função e atividades), conforme ensina o art. 452-A, II e § 12. Além destes requisitos, o contrato de trabalho deverá respeitar o local, o prazo para pagamento da remuneração (art. 452-A, III) (BRASIL, 2017).

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO E A DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA

Um dos objetivos deste artigo é desenvolver as considerações sobre o contrato de trabalho e a despedida por justa causa. Neste sentido aborda-se brevemente algumas situações que podem ensejar a justa causa e que estão previstas na legislação.

2.2.1 Conceito genérico sobre o contrato de trabalho

O contrato de trabalho é um documento firmado entre empregador e trabalhador que rege as relações trabalhistas. Inicialmente era considerado como uma locação de serviços conforme preconiza os artigos 1216 a 1236 do CC de 1916 (GARCIA, 2017).

O contrato de trabalho em si, com este nome surge a partir da Lei 62 de 05/06/1935, que abordava também a rescisão. Os termos contrato de trabalho e relação de emprego são atribuídos nesta pesquisa como a mesma coisa. O contrato de trabalho contempla desde o trabalho manual como o intelectual (CALVO, 2020).

Segundo o artigo 442 da CLT,

**TÍTULO IV; DO CONTRATO INDIVIDUAL DO TRABALHO;
CAPÍTULO I; DISPOSIÇÕES GERAIS; Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. (Incluído pela Lei nº 8.949, de 9.12.1994). Art. 442-A. Para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade. (Incluído pela Lei nº 11.644, de 2008) (BRASIL, 1943).**

Em verdade é um negócio jurídico entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa física ou jurídica (empregador) sobre as condições de trabalho. A relação se dá a partir do empregado e empregador. Neste documento estão descritos os requisitos principais que devem estar contido no contrato de trabalho, como remuneração, jornada, entre outros (CALVO, 2020).

Trata-se de um pacto de atividade, visto que não se contrata um resultado. É um acordo de vontades. De um lado quem necessita do trabalho, de outro quem precisa executar a atividade. Não se deve confundir o contrato de trabalho com outros documentos, de modo que o contrato de trabalho tem características específicas (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2020).

A natureza jurídica do contrato de trabalho é um fato gerador das relações de trabalho, é a fonte que produz a relação de emprego, obrigação de fazer por parte do empregado para gerar serviços, podendo-se até afirmar que estão enquadrados na teoria contratualista e anticontratualista (GARCIA, 2017).

A CLT entende no artigo 442, a concepção mista da natureza jurídica do contrato de trabalho, comparando o contrato de trabalho a relação de emprego (BRASIL, 1943).

Conclui-se que o contrato de trabalho apresenta natureza contratual, um pacto laboral com regras próprias, diferente de um contrato de locação de serviços previstos no Direito Civil. A relação de trabalho é um gênero, que compreende as distintas prestações de serviços como de funcionários públicos, avulso, autônomo e etc. É preciso haver o ajuste de vontades. Ninguém é obrigado a assinar um contrato de trabalho contra as suas vontades (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2020).

No que diz respeito ao dirigismo contratual, o mesmo é totalmente rechaçado, devendo o contrato de trabalho estar de acordo com o arcabouço jurídico vigente no país, podendo ser considerado nulo caso assim não seja (CALVO, 2020).

Os requisitos do contrato de trabalho são a continuidade, a subordinação, a onerosidade, a pessoalidade e a alteridade (DELGADO 2019).

Entende-se por continuidade a relação de trabalho contínua, frequente, contudo, há o entendimento que aquele que não presta serviço continuamente não é empregado. Deve haver duração, sequencia de trabalhos e serviços prestados ao empregador (GARCIA, 2017).

A subordinação é o ato de o empregado estar subordinado às ordens do empregador, devendo fazer o que lhe for incumbido. É claro que há limites, ou seja, se a ordem for ilegal, o empregado pode se negar a fazê-lo, sem qualquer prejuízo, inclusive lhe cabendo indenização (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2020).

A onerosidade trabalha sobre o aspecto monetário da relação. O empregado recebe por hora, por mês, ou distinta forma de pagamento. Como requisito deve haver pagamento pelos serviços e atribuições dadas pelo empregador (CALVO, 2020).

A pessoalidade está ligada com uma pessoa específica, sendo infungível, não podendo o trabalhador ser substituído por outro, sob pena do vínculo se formar com o outro trabalhador (GARCIA, 2017).

Por fim, a alteridade. O trabalhador não assume o risco. O empregado pode até participar dos lucros, mas não pode assumir os riscos da empresa, estes são assumidos pelo empregador. O empregador recebe os bônus do negócio, mas também assume o ônus (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2020).

Há também os requisitos não essenciais do contrato de trabalho, como a exclusividade. Segundo o artigo 138 da CLT (BRASIL, 1943) o empregado pode ter outro emprego durante seu período de férias. A escolaridade e o conhecimento sobre a atividade também são outros requisitos não necessários. Salvo naqueles empregos que necessitem e tenham como pré-requisito a formação técnica científica (GARCIA, 2017).

O contrato de trabalho tem por característica ser um documento bilateral, consensual, oneroso, de trato sucessivo. Não é um documento real, pois, não há entrega da coisa (MARTINS, 2017).

2.2.2 Dispensa arbitrária e suas peculiaridades

A dispensa arbitrária é a decisão por parte do trabalhador que gera responsabilidades (MARTINS, 2017). Esta prevista no artigo 165 da CLT,

Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL, 1943).

No que diz respeito à classificação da mesma, pode-se afirmar quanto à causa: com ou sem justa causa; forma: solene, formal, informal, sem qualquer procedimento; controle: com ou sem controle judicial, administrativo ou sindicato; número de pessoas: individual e coletiva; motivos: imotivada ou arbitrária; motivada (com ou sem justa causa); deve-se analisar o conteúdo do artigo 482, e a lei 9029/95; por fim, subjetiva quanto aos atos praticados pelo empregado (MARTINS, 2017).

Segundo o que preceitua o artigo 7º da Constituição Federal inciso I,

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Até o momento não há lei complementar que regulamente a questão.

O artigo 165 da CLT traz o conceito de dispensa arbitrária onde se entende que a dispensa arbitrária trata-se de uma dispensa que não se fundamentou em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (BRASIL, 1943).

Entende por ato arbitrário aquele praticado pelo empregador quando dispensa o empregado sem uma justificativa plausível, quando há justa causa, houve um motivo praticado por parte do empregado. A dispensa sem justa causa é feita pelo empregador, sem um motivo específico (subjetivo por parte do empregador) (CALVO, 2020).

A cessação do contrato de trabalho pode ser dividida naquela por decisão do empregador (sem justa causa e com justa causa); pode haver ainda por decisão do empregado (demissão, rescisão indireta e aposentadoria); e por desaparecimento, morte ou extinção da empresa. Ainda há a possibilidade de livre consentimento, novo contrato de trabalho, força maior ou fato do príncipe (MARTINS, 2017).

2.2.2.1 Dispensa por parte do empregador (sem justa causa e com justa causa)

O empregador pode durante o trabalho, pedir que o trabalhador, cesse o contrato de trabalho, a partir da dispensa, esta poderá ser dada com justa causa ou sem justa causa. É claro que existem requisitos para tal. Primeiramente é importante analisar o disposto no artigo 7º da CF 1988, inciso I, já apresentada, que protege a despedida arbitrária, com indenização compensatória e outros direitos (CALVO, 2020).

2.2.2.2 Dispensa do empregado sem a justa causa

O contrato de trabalho poderá cessar a partir da dispensa sem justa causa. O empregador deverá indenizar o empregado para tal. Os principais direitos são aviso prévio, 13º proporcional, férias vencidas e proporcionais, saldo salarial, saque do FGTS, indenização de 40% e direito ao seguro desemprego se enquadrar nos parâmetros exigidos em lei (MARTINS, 2017).

Caso este empregado tenha mais de 01 ano de empresa precisará ser assistido pelo sindicato, conforme DRT (parágrafo 1º do art. 477 da CLT) (BRASIL, 1943).

Para os empregados servidores públicos, e outras categorias existem legislações específicas que tratam estas questões e não serão abordados por esta pesquisa. Estes profissionais que apresentam a estabilidade, somente podem ser dispensados com situações específicas (CALVO, 2020).

2.2.2.3 Dispensa do empregado com justa causa

A dispensa do empregado com justa causa poderá ser efetuada a partir de falta grave, com justa causa. Trata-se de um procedimento incorreto por parte do empregado. Este procedimento deverá estar especificado em Lei, para que seja considerado legal, e haja a ruptura do contrato de trabalho (DELGADO, 2019).

É uma garantia por parte do trabalhador para que o empregador não haja com qualquer ilegalidade e que esta dispensa esteja descrita em Lei, adaptando regras do Direito Penal ao Direito do Trabalho, pois não haverá justa causa se não houver previsão em lei (MARTINS, 2017).

Dois artigos apresentam interessantes considerações, artigos 482 e 240 da CLT,

Art. 240 - Nos casos de urgência ou de acidente, capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço, poderá a duração do trabalho ser excepcionalmente elevada a qualquer número de horas, incumbindo à Estrada zelar pela incolumidade dos seus empregados e pela possibilidade de revezamento de turmas, assegurando ao pessoal um repouso correspondente e comunicando a ocorrência ao Ministério do Trabalho, Industria e Comercio, dentro de 10 (dez) dias da sua verificação.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966) (BRASIL, 1943)

O termo justa causa é levado por muitos como impróprio, sendo melhor ser tratado como motivos da rescisão. Entretanto, a CLT é infeliz por não abordar com clareza o que seja uma falta grave ou a justa causa (BRASIL, 1943).

A CLT apresenta o termo no art. 453, além do parágrafo único do artigo 240, 492, 493, 495, parágrafo 3º do artigo 543, além da Súmula 403 do STF (BRASIL, 1943).

Já quanto ao termo justa causa, verifica-se nos artigos 479, 480 e 482. É importante ressaltar que há o ato faltoso no art. 158 da CLT, justo motivo nos art. 391 e 487 da CLT,

faltas justas no art. 491 da CLT, rescisão injusta no art. 474 da CLT. Percebe-se no artigo 493 que a CLT que se usa o termo falta grave, justificando prática causada por empregado estável (BRASIL, 1943).

Assim, o conceito de justa causa está ligado à dispensa decorrente de um ato grave praticado pelo empregado, fazendo com que haja a cessação do contrato de trabalho em virtude de um motivo devidamente evidenciado descrito em lei. Se a falta for praticado pelo empregador, aplica-se o termo cessação do contrato de trabalho (CALVO, 2020).

No que diz respeito aos sistemas observados na justa causa, destaque para o genérico, taxativo e misto. Genérico, encontrado em legislações que autorizam a despedida sem as hipóteses que se configura. Taxativo, quando o legislador determina de forma exaustiva quais as hipóteses que configuram a justa causa, e misto, combinação entre os dois anteriormente citados, contudo, com momentos que exigem as hipóteses e momentos que não exigem (BEZERRA LEITE, 2020).

O sistema brasileiro com base no artigo 482 é taxativo, havendo necessidade de apresentar as causas que motivaram a justa causa. Infelizmente, a CLT (BRASIL, 1943) não apresenta os conceitos de faltas graves, ficando a cargo da doutrina tais definições, e a valoração feita posteriormente pelo poder judiciário. (DELGADO, 2019).

Deste modo, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, no campo do direito do trabalho, a tipificação da justa causa deverá ser feita pelo trabalhador, com provas e demais documentos, fotos, vídeos que comprovem a falta por parte do empregado. A jurisprudência diverge, mas a corrente majoritária ainda ensina que o empregador deverá apontar e o juiz tipificar o ato, e caso seja comprovado, valorar a pena. O empregador deverá indicar qual foi o ato faltoso, e o juiz irá fazer a ligação entre o ato faltoso e a previsão legal. (DELGADO, 2019)

Os elementos para comprovação da justa causa são objetivos e subjetivos. Como elemento subjetivo está à vontade do empregado, havendo culpa (negligência, imprudência, ou imperícia) ou dolo, se teve intenção de realizar o ato. (BEZERRA LEITE, 2020)

Apontam-se outros elementos subjetivos como a personalidade do agente, antecedentes na organização, grau de compreensão, instrução, cultura, motivação entre outros. (DELGADO, 2019)

Já os requisitos objetivos apontam-se: necessidade de tipificação em lei da justa causa; gravidade do ato praticado; nexos de causalidade; proporcionalidade; entre outros.

Não existe na legislação uma forma correta de comunicação da dispensa, contudo, há normas coletivas que afirmam haver necessidade de justificação do motivo. Na CTPS não pode haver motivo da dispensa.

No que diz respeito ao local, aponta-se tanto dentro da empresa como fora da mesma, mas em momento de trabalho. A empresa não pode despedir um funcionário por justa causa em virtude de ações cometidas fora do ambiente laboral, ou em momentos de folga, salvo àquelas que são ilegais e que dão respaldo à justa causa (JUNIOR, 2019).

O tempo relacionado à justa causa está ligado ao início do contrato de trabalho e a partir do momento onde o empregador toma conhecimento sobre a falta cometida pelo empregado. Devendo apresentar a punição (BEZERRA LEITE, 2020).

Quanto à possibilidade de culpa recíproca quando há falta de ambos os lados, sendo que a falta do empregado está disposta no artigo 482 da CLT, e do empregador no artigo 483. Se houver culpa recíproca, a indenização será reduzida a metade por parte do empregador ao empregado (art. 484 CLT). Tendo ainda o empregado direito a 50% do aviso prévio, férias proporcionais, 13º proporcional conforme a Súmula 14 do TST (BRASIL, 1943).

O ônus da prova no caso da justa causa é sempre do empregador, que deverá comprovar que realmente o ato faltoso foi realizado pelo empregado. Esta prova pode ser vídeo, documento, testemunhas, e demais meios que se façam comprobatórios, conforme ensina o artigo 818, II, da CLT.

Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943).

Não se deve em nenhuma hipótese restar dúvidas sobre a conduta do obreiro. Pois, o homem comum e normal não pode ser dispensado por justa causa sem uma prova cabal do cometimento do ato. Isto porque, a pena trabalhista mais severa é a cessação do contrato de trabalho por justo motivo, sendo necessariamente ser provada pelo trabalhador, não deixando qualquer dúvida sobre a conduta do obreiro (BEZERRA LEITE, 2020).

Nas faltas leves, podem ser aplicadas sanções administrativas/pedagógicas, para não incidir posteriormente ao ato. A ordem mais indicada é a advertência verbal, escrita, suspensão e posteriormente dispensa por justa causa. Caso haja uma falta grave, como um furto, pode-se aplicar a justa causa, desde que comprovadamente a execução do ato (JUNIOR, 2019).

Se não observar a ordem, o juiz poderá converter a justa causa em dispensa sem justo motivo, havendo necessidade de pagamento das verbas rescisórias por parte do empregador em detrimento da sentença judicial (BEZERRA LEITE, 2020).

As principais hipóteses legais de justa causa são o ato de improbidade, incontinência de conduta, mau procedimento, negociação habitual, desídia, embriaguez, violação de segredo de empresa, indisciplina, insubordinação, abandono e emprego, ato lesivo a honra e a boa fama, ofensa física, prática constante de jogos de azar, perda de habilitação para o exercício da profissão, atos atentatórios a segurança nacional, e outras hipóteses. Todas estas hipóteses serão melhor abordadas mais adiante.

2.2.2.3.1 Ato de improbidade

Segundo o artigo 482 da CLT, “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade;” (BRASIL, 1943)

E de acordo com Wesley, “O ato de improbidade nas relações trabalhistas é a conduta desonesta que interfere no patrimônio do empregador, ou até de terceiro, desde que seja relacionado com o trabalho. Por exemplo, o cometimento de furto ou roubo.” (2020, p. 2)

O ato de improbidade a que se refere o novo entendimento da reforma trabalhista está direcionado a má qualidade, a imoralidade ou a malícia. Trata-se do momento onde o empregador verifica mau caráter, perversidade, maldade, desonestidade, falta de honradez ao indivíduo.

É muito comum enquadrar a improbidade quando existe comprovadamente furto, roubo, apropriação indébita de materiais da empresa, falsificação de documentos para obter horas extras não prestadas, apropriação indébita de importâncias da empresa, justificção de faltas com atestado médico falso. Todas estas possibilidades devem ser provadas pela empresa e ensejam o ato de improbidade.

2.2.2.3.2 incontinência de conduta

De acordo com o artigo 485, “b”, “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: b) incontinência de conduta ou mau procedimento;” (BRASIL, 1943).

A incontinência de conduta é outra possibilidade de dispensa com justa causa por parte do empregador. Trata-se de condutas sexuais do empregado consideradas não habituais. Isto inclui atos de libertinagem no ambiente laboral, pornografia, configurando uma incontinência de conduta. O assédio sexual também está incluso, quando é cometido de uma pessoa a outra (um funcionário com outro).

O fato de não haver correspondência ao cortejo que provoque constrangimento, deixando o outro constrangido, sem reciprocidade, evidenciado uma falta grave, pode haver a dispensa.

2.2.2.3.3 Mau procedimento

O mau procedimento está descrito tanto na CLT, no artigo 482, alínea “b”, como no artigo 422 do Código Civil, a medida que encaram a boa fé como um dos requisitos do contrato de trabalho. (BRASIL, 1943)

Classificar como mau, um procedimento, não é fácil, até mesmo porque em alguns casos este mau, é algo subjetivo. Todavia, em suma, é um ato faltoso que não pode ser enquadrado em nenhuma das outras alíneas do artigo 482 da CLT (BRASIL, 1943). Tudo que não puder ser enquadrado, e que de fato possa ter trazido um real prejuízo à empresa, ao trabalho, ao ambiente laboral e que seja profundo, a ponto de ensejar uma dispensa por justa causa, pode ser considerado mau procedimento.

É claro que, o empregado poderá questionar essa medida pelas vias judiciais. Além do mais, o empregador deverá ter um arcabouço probatório que possa justificar a dispensa por justa causa.

É uma atitude irregular do empregado, um procedimento que seja incompatível com as regras da empresa e também do homem comum da sociedade. Não se pode confundir o mau procedimento com incontinência de conduta, pois esta apresenta conotação sexual.

Pode-se configurar uso indevido do computador como um mau procedimento, ensejando dispensa por justa causa. Como exemplo, o envio de e-mails pornográficos em horário de trabalho.

2.2.2.3.4 Negociação habitual

A negociação habitual é outra previsão legal que enseja justa causa por parte do empregador no caso de dispensa. De acordo com o artigo 482 alínea “c”, trata-se de “c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;” (BRASIL, 1943)

Ao analisar o artigo, percebe-se que pode ser cometido por conta própria ou alheia sem permissão. Pode ainda, configurar negociação habitual quando for concorrência à empresa, ou prejudicial ao serviço.

Cite-se ainda o artigo 84 do Código Comercial, que permitia dispensa no caso de negociação habitual. Pode-se apresentar como exemplo, o ato de venda de cosméticos como “AVON” ou “JEQUITI”, que muitos funcionários executam como um exemplo a ser enquadrado como negócio habitual.

Não se pode caracterizar negociação habitual, se a empresa permitir o comércio dentro do estabelecimento. Além disso, deve haver habitualidade. A concorrência também é

entendida como negociação habitual. Nada impede que o indivíduo tenha outra atividade. Contudo, a concorrência desleal, acarretando prejuízo ao serviço pode ensejar enquadramento em negociação habitual. Entende-se por prejuízo ao serviço, a diminuição da produtividade em razão da execução de outra atividade durante o exercício do trabalho.

2.2.2.3.5 Desídia

A desídia também está prevista no artigo 482, alínea “b”. Entende-se por desídia, atos de negligência, preguiça, má vontade, displicência, desleixo, indolência, omissão, desatenção, indiferença, desinteresse, relaxamento. (BRASIL, 1943).

Entende-se também como desídia, pequenas faltas consecutivas que podem demonstrar omissão do empregado com o serviço. Somente uma falta não pode configurar a Desídia.

2.2.2.3.6 Embriaguez

A embriaguez pode certamente ensejar a dispensa por justa causa. De acordo com o art. 5º, da Lei 62 de 06/06/1935. A letra “f”, do art. 482 da CLT, também apresenta a “f) embriaguez habitual ou em serviço;” (BRASIL, 1943).

O alcoolismo pode ser entendido como síndrome multifacetada que necessita de abordagens de diferentes ciências para ser superada. O tratamento está baseado na adoção do paradigma de redução de danos (SOUZA, MENANDRO E MENANDRO, 2015).

A embriaguez a que o artigo se refere, trata-se tanto do uso de álcool como uso de drogas. É sabido que o uso de substâncias psicoativas, modifica o estado natural do indivíduo, que precisa de toda concentração possível para exercer suas atividades laborais, estando incompatível com o estado “alcoolizado”.

O álcool traz consequências na memória, na concentração, no equilíbrio. E, todas estas faculdades são plenamente exigidas para se exercer um bom trabalho. Uma boa produtividade.

É importante ressaltar que o hábito de beber não pode ser confundido com estar embriagado. Pode-se ingerir uma “latinha de cerveja” na hora do almoço e voltar com 01 hora após, sem prejuízos a produtividade do trabalho.

Além disso, a embriaguez deve ser habitual. Embriaguez acidental, mediante o consumo de alguma substância de forma equivocada, não pode ser considerada.

2.2.2.3.7 Violação de segredo de empresa

Outro ponto que pode ensejar justa causa é a violação de segredo da empresa. O funcionário que abre para terceiros segredos relacionados a marcas, patentes, fórmulas, sem a autorização do empregador, comete falta que pode ensejar a justa causa (BRASIL, 1943).

2.2.2.3.8 Indisciplina

O artigo 482, alínea “h”, apresenta como motivo ensejador de justa causa a indisciplina (BRASIL, 1943). Esta diz respeito ao descumprimento das ordens gerais do trabalho. Quando descumpre ordens dispostas em regulamentos, circulares, entre outras. Um bom exemplo de indisciplina é o indivíduo que mesmo sabendo que a empresa proíbe o tabagismo, insiste em fumar no ambiente de trabalho. Entende-se ainda, como indisciplina, o funcionário que se recusa a ser revistado no local de trabalho, mesmo quando o empregador age de forma moderada.

2.2.2.3.9 Insubordinação

A insubordinação está descrita também na alínea “h” do artigo 482(BRASIL, 1943). Trata-se da ação de descumprir ordens pessoas do empregador. Há de se diferenciar entre ordens gerais da ordem da chefia imediata, seja ele um gerente, um supervisor, ou até mesmo um encarregado. Caso a ordem seja imoral ou ilegal não configura insubordinação.

2.2.2.3.10 Abandono e emprego

O abandono de emprego é outra condição que pode ensejar a despedida por justa causa. Abandonar, está ligado a deixar, largar. Desistir o operário de trabalhar na empresa. Desprezou o empregado de continuar trabalhando.

Existe na doutrina, algumas críticas sobre a possibilidade de justa causa, visto que alguns entendem que o operário quando abandona, rescinde o contrato de trabalho, apenas não formalizando a rescisão.

Dois elementos caracterizam o abandono de emprego: objetivo (faltas no serviço durante um certo serviço); e o elemento subjetivo, a partir da clara comprovação da intenção do empregado em não mais voltar ao serviço. É preciso provar que houve o abandono.

Um período maior que 30 dias caracteriza o abandono do emprego segundo a jurisprudência atual. Também os artigos 474 e 853 da CLT (BRASIL, 1943). Aplica-se ainda o entendimento da Súmula 32 TST.

2.2.2.3.11 Ato lesivo a honra e a boa fama

O ato lesivo contra a honra e a boa fama também é considerado ensejador de dispensa por justa causa. Quando o empregado fere a honra e a boa fama do empregador ou de seus superiores hierárquicos, ou até mesmo de outro funcionário, salvo na hipótese de legítima defesa.

O ato de ofender e ferir a honra, conseqüentemente, geram calúnia, injúria, ou difamação. Estes atos poderão se dar tanto em palavras como em gestos. A legítima defesa exclui a justa causa.

2.2.2.3.12 Ofensa física

A ofensa física também é outro ato que enseja a dispensa por justa causa. Ofender fisicamente, significa agredir qualquer indivíduo dentro do ambiente de trabalho, seja uma

pessoa do rol de empregados, ou até mesmo um cliente. Está descaracterizado se for um ato de legítima defesa.

2.2.2.3.13 Prática constante de jogos de azar

Entende-se como falta grave que enseja dispensa por justa causa, a prática constante de jogos de azar. Se o indivíduo joga somente esporadicamente não configura a justa causa. O mesmo deverá ter o hábito. Não importando se envolver recursos financeiros ou não no jogo.

Consideram-se jogos de azar: bicho, loterias, roleta, bingo, bacará, cartas, dominó, rifas, etc. A CLT não faz distinção se o jogo é legal ou ilegal (contravenção) (BRASIL, 1943), portanto, há de haver a habitualidade e o jogo deve ser da modalidade azar.

2.2.2.3.14 Perda de habilitação para o exercício da profissão

A perda da habilitação também pode configurar motivo ensejador de justa causa do indivíduo, conforme se verifica da letra “m” do artigo 482 da CLT (BRASIL, 1943).

Esta é uma das alterações trazidas pela reforma trabalhista: “m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.”

A justificativa é de que a perda da habilitação é a perda da capacidade para o fim de dirigir, crucial para a execução da atividade laborativa. Nesse sentido, cite-se como exemplo, um motorista que para dirigir o seu veículo, precisa da habilitação; a partir do momento que a perde, perde também um dos requisitos para exercer sua profissão.

Contudo, esta ação deverá ser dolosa, ou seja, o empregado deverá incorrer em vontade na prática para perder o direito de dirigir. Caso seja culposa (negligencia, imperícia, imprudência), não se caracteriza a justa causa.

2.2.2.3.15 Atos atentatórios a segurança nacional

O último requisito abordado são os atos atentatórios a segurança nacional. Este artigo foi incorporado na CLT através do Decreto-Lei nº 3, de 27.1.1966, sendo que “Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional” (BRASIL, 1943).

Trata-se de ações de terrorismo, malversação da coisa pública, entre outras ações que podem ser encaradas como atentatórios a segurança nacional.

A Lei de Segurança Nacional é a nº 7.170 de 14/12/1983. É importante que para se configurar ato atentatório, o empregado deverá incorrer em ações que tenham como alvo a estabilidade da segurança nacional. Pode-se citar como exemplo, a explosão e interrupção de linhas de transmissão de energia, implosão de barragens, destruição de aeroportos, entre outras ações.

4. ANÁLISE SOBRE A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO FRENTE ÀS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

Dando sequencia a argumentação apresenta-se demais situações que devem ser consideradas frente a cessação do contrato de trabalho, e as modificações trazidas pela reforma trabalhista.

4.1 Dispensa por decisão do trabalhador (demissão, rescisão indireta ou aposentadoria)

Há ainda a possibilidade de cessação do contrato de trabalho a partir da vontade do trabalhador. Em verdade, o empregado comunica ao empregador que não deseja mais trabalhar; trata-se de um ato unilateral. Trata-se do pedido de demissão.

É obrigação do empregado, avisar com pelo menos 30 dias. Segundo a Súmula 276 do TST, se liberado pelo empregador, pode desvincular-se de forma imediata.

A partir deste pedido não terá o empregado direito a indenização disposta no artigo 477 da CLT (BRASIL, 1943), FGTS (saque), guias de seguro desemprego; terá direito ao 13º correspondente (proporcional), segundo a Súmula 157 do TST, as férias vencidas e as férias proporcionais.

É importante mencionar que o empregado com mais de 01 ano, há a necessidade de acompanhamento por parte do sindicato mediante o Ministério do Trabalho, conforme o §1º do art. 477 da CLT. Com menos de 01 ano de empresa, não há necessidade de assistência (BRASIL, 1943).

A rescisão indireta é o ato de cessar o contrato de trabalho por decisão do empregado em virtude de justa causa praticada pelo empregador, conforme preconiza o artigo 483 da CLT (BRASIL, 1943).

Em verdade, toda rescisão é considerada direta, contudo, a rescisão indireta diz respeito ao ato de cometimento de justa causa por parte do empregador. Neste modelo, o empregado avisa o empregador os motivos pelo qual está saindo do serviço.

Somente é através da Justiça do trabalho que se pode verificar a eficácia da justa causa. Havendo possibilidade de contraditório a ampla defesa. O empregado não deverá permanecer na empresa. O artigo 483 da CLT apresentam as hipóteses de rescisão indireta (BRASIL, 1943).

A aposentadoria é a terceira circunstancia relacionada à rescisão por parte do trabalhador. Para que o trabalhador continue a trabalhar, há necessidade de um novo contrato de trabalho.

A aposentadoria abre a possibilidade de saque do FGTS, contudo, não há necessidade de pagamento dos 40% de indenização. O empregado também não terá direito a aviso prévio. Terá direito ao 13º proporcional, além das férias proporcionais. A baixa na carteira será dada no dia anterior ao do início da aposentadoria (BRASIL, 1943).

Não há impedimento da realização de um novo contrato de trabalho após a aposentadoria. O STF entende que a aposentadoria não rescinde o contrato de trabalho, julgando inconstitucional o § 2º do art. 453 da CLT (BRASIL, 1943). No julgamento menciona-se que não haverá extinção do vínculo de emprego, sendo vedada a acumulação de proventos e vencimentos. O TST entende da mesma forma.

4.2 MORTE, EXTINÇÃO DA EMPRESA, MÚTUO ACORDO

Outra forma de cessar o contrato de trabalho é o desaparecimento de uma das partes. Uma hipótese comum é a morte do empregado. Caso o indivíduo venha a óbito não há possibilidade de continuar a relação de trabalho.

A partir do falecimento do empregado, os seus herdeiros receberão os seus direitos. A multa de 40% do aviso prévio não é aplicável neste caso. O mesmo terá direito ao FGTS, saldo de salários, férias vencidas, férias proporcionais, 13º proporcional.

No caso da morte do empregador, pessoa física, segundo preceitua o § 2º do art. 483 da CLT, fica a critério do empregado, continuar ou não o contrato de trabalho. Caso não deseje continuar, o empregador não deve pagar a multa do aviso prévio (BRASIL, 1943).

Caso haja extinção da empresa, o empregado terá direito a todos os direitos previstos na legislação, visto que não foi o mesmo que deu causa a extinção da empresa. Ocorre o mesmo no caso da falência, pois os riscos do negócio não podem ser transferidos ao trabalhador.

Há ainda a possibilidade de cessação do contrato de trabalho, quando há acordo entre as partes. Trata-se do distrato, estabelecendo ambos os termos. Nesse distrato não poderá haver prejuízos ao empregado, parte considerada mais fraca na legislação. E, não poderão ir de encontro ao que apresenta a legislação trabalhista vigente, subtraindo os direitos do empregado.

As verbas trabalhistas poderão ser diminuídas a metade, aviso prévio a metade, pago como saldo de salário, 40% das verbas do FGTS, saldo de salário, férias vencidas e proporcionais (mais um terço de férias), 13º proporcional, salário família entre outros.

Este acordo mútuo permite a movimentação do FGTS por parte do empregado segundo preceitua o inciso I-A do art. 20 da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, limitando em ate 80% do valor dos depósitos.

O empregado no caso de acordo mútuo não terá direito ao seguro desemprego, sendo que não existe dispensa voluntária por parte do empregador, não existindo direito as parcelas ao seguro desemprego.

4.3 ADVENTO DE NOVO TERMO DE CONTRATO, FORÇA MAIOR, E FACTUM PRINCIPIS

O contrato pode findar também a partir de um novo contrato. Quando há o término de um contrato, pode-se firmar um novo. O contrato anterior poderá dar ao empregado direito ao FGTS, 13º proporcional, férias proporcionais; o mesmo não terá direito ao aviso prévio,

visto que as partes sabem quais são os tempos de vigência do contrato, como também não haverá pagamento de 40% de indenização do FGTS, visto que o rompimento não se deu por iniciativa do empregador. As demais situações do rompimento são reguladas pelos artigos 479, 480, e 481 da CLT (BRASIL, 1943).

O segundo ponto é a força maior. Entende-se por força maior, situações que ultrapassam a vontade do empregador. Podem ser eventos como inundações, terremoto, furações, guerras, problemas políticos (instabilidades, golpes) entre outros. A força maior está prevista no artigo 501 da CLT (BRASIL, 1943). Cita-se como um exemplo de força maior, o rompimento das barragens em Mariana-MG.

O *factum principis* é outra circunstancia que pode ensejar o encerramento do contrato de trabalho. É um evento causado pela administração pública, quando há encerramento das atividades da empresa e a dispensa de seus empregados. Segundo o artigo 486 da CLT, caso haja paralisação temporária ou definitiva das atividades da empresa em virtude de ações do poder público, ou publicação de legislação que impossibilite a continuação dos trabalhos, há o *factum principis* (BRASIL, 1943). Nestes casos, o pagamento das indenizações por tempo de serviço ficará a cargo do governo que ensejou a medida.

5 CONCLUSÃO

Após apresentar todos estas abordagens sobre a cessação do contrato de trabalho, percebe-se que a intenção/objetivo da reforma trabalhista era trazer maior clareza na relação de contrato entre trabalhador e empregador. Visto que até antes da reforma, havia muitas lacunas interpretativas na CLT quanto às leis de trabalho.

A reforma buscou abarcar alguns setores do mercado de trabalho que não possuíam uma regulamentação, além disso, a proposta buscou trazer uma maior individualidade onde a empresa pode negociar diretamente com seus funcionários sobre as regras, desde que estas não violem a CLT.

Os pontos em destaque são as jornadas de trabalho, o trabalho intermitente, acordos coletivos com prevalência sobre a lei, flexibilização da jornada de trabalho, flexibilização da remuneração, trabalho intermitente e o trabalho autônomo, e as alterações na rescisão do contrato de trabalho.

Houve um novo entendimento da lei com relação a criação da figura da rescisão de contrato recíproca. Foram revogados os §§ 1º, 3º, e 7º do Artigo 477. Ficou extinta a necessidade de homologação da rescisão para trabalhadores com mais de um ano ser no sindicato ou no MTB. Também foi extinta a necessidade da presença de representante do Ministério Público, de um juiz de paz ou defensor público durante a homologação, se o trabalhador não pudesse pagar advogado; ficou ainda extinto o acesso à assistência gratuita ao trabalhador durante a homologação.

As homologações podem ser feitas na própria empresa, e o trabalhador poderá contar com o advogado apenas se puder pagar. Para alguns, tal medida dificulta a fiscalização do cumprimento do pagamento adequado das verbas rescisórias, e para outros, trata-se de uma importante medida que agiliza o processo. Este artigo encontra-se com o segundo grupo.

Cite-se ainda a mudança relativa ao teor do artigo 484 da CLT, que introduz na legislação, a rescisão de contrato recíproca, inovação trazida pela nova legislação (reforma trabalhista).

Ao ver deste estudo, as principais situações relacionadas a cessação do contrato de trabalho foram abarcadas pela legislação. Há ainda muitos pontos que devem ser tratados pelo legislador, contudo, há de se aguardar a efetividade da nova legislação e verificar quais são os gargalos e demandas para que um novo diploma, ou possíveis emendas possam de fato suprir as necessidades de segurança jurídica dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 11 de novembro de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do trabalho, Brasília,DF, Out. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. 1943. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 11 de novembro de 2020.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 17. ed. São Paulo: Método, 2019.

COELHO, Fabiano; GASPARG, Danilo Gonçalves; MIZIARA, Raphael. **Manual da Nova Reforma trabalhista**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. Ed. São Paulo: LTR, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 14. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

JORGE NETO, Francisco Pereira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

JUNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NETO, Francisco Ferreira Jorge. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Leone; ORSI, Renata. **Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Método, 2020.

SOUZA, Luiz Gustavo Silva. MENANDRO, Maria Cristina Smith. MENANDRO, Paulo Rogério Meira. O alcoolismo, suas causas e tratamento nas representações sociais de profissionais de Saúde da Família. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, 2015, v. 25, n. 4, p. 1335-1360.

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO APLICADA AO DIREITO TRABALHISTA

KARINE SOLART FARIAS:
Graduanda do Curso de Direito
no Centro Universitário Luterano
de Manaus – ULBRA.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo estudar o verdadeiro esboço do princípio da proteção no atual "Direito do Trabalho". Neste campo, pretende-se explicar a posição do referido instituto de investigação na cultura jurídica do trabalho contemporânea, explicar a situação atual apresentada e esclarecer a necessidade de conhecimento dos princípios básicos do direito do trabalho. Além disso, procura analisar o fundamento jurídico que o circunda e o caracteriza. Inicialmente, foi sugerido refletir sobre o direito do trabalho de forma holística e, em seguida, definir seus fundamentos, tecnologia e importância, enfocando a interação existente entre a teoria geral dos princípios do direito do trabalho e seus princípios fundamentais.

Palavras-Chave: Princípio da Proteção. Teoria geral dos princípios. Direito do Trabalho.

ABSTRACT: This article aims to study the true outline of the protection principle in the current "Labor Law". In this field, it is intended to explain the position of the referred research institute in the contemporary legal culture of work, explain the current situation presented and clarify the need for knowledge of the basic principles of labor law. In addition, it seeks to analyze the legal basis that surrounds and characterizes it. Initially, it was suggested to reflect on labor law in a holistic way and then to define its foundations, technology and importance, focusing on the interaction between the general theory of labor law principles and its fundamental principles.

Keywords: Protection Principle. General theory of principles. Labor Law.

1. INTRODUÇÃO

Do ponto de vista capitalista, o trabalho humano digno e a inserção máxima do trabalhador no processo de produção são vistos como valores sociais secundários e, até mesmo por alguns, como obstáculos à própria acumulação de riqueza, de modo que, inevitavelmente, a solidificação da teoria de que a proteção jurídico-social do trabalhador, nos moldes atuais – vide a tramitação do Projeto de Lei (PL) 6.787 de 2016, veiculador da polêmica reforma trabalhista no Congresso Nacional, demonstra incongruência aos postulados defendidos por este modelo econômico resta evidente.

O presente artigo visa trazer o Princípio da proteção aplicada ao direito trabalhista, como também trazer as principais considerações feitas ao Princípio da Proteção em suas três

espécies. Sendo assim, qual a influência do princípio da proteção do trabalhador no equilíbrio a igualdade real entre o empregado e empregador?. O princípio da proteção aplicada ao direito trabalhista forma-se presunção jurídica destinada a proteger o empregador, pode ser considerada também como uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a esta última superioridade jurídica, tal superioridade é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei.

O direito do trabalho foi o primeiro dos direitos sociais a emergir, sem dúvida, por conta da sua força expansiva, o estimulante da construção de tantos outros direitos sociais entre os quais aqueles que dizem respeito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia ao lazer a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência dos desamparados. O processo construtivo do direito do trabalho, é por consequência dos demais direitos sociais, decorrentes do conflito de classe sua edificação e crescimento por outro lado provém de uma pleora de acontecimentos (MARTINEZ, 2020). Nos últimos anos esse ramo do direito vem entrando novamente em debate, no qual propõe-se mudanças nas legislações existentes. Filgueiras e Pedreira (2019), explicam que as mudanças na legislação são pautadas em um contexto de baixa dinâmica do mercado de trabalho, portanto as mudanças propostas seriam responsáveis pela melhora no ambiente empresarial para a contratação. Mas, na realidade, após a reforma, ocorreu a fragilização das instituições de defesa do direito do trabalho, ajudado a legitimar o modelo precarizante de trabalho no país.

Desse modo, essa pesquisa irá discutir sobre a temática do princípio da proteção aplicada ao direito trabalhista, pois refere-se presunção jurídica destinada a proteger o empregador. Portanto, esse estudo irá procurar destacar qual a influência do princípio da proteção do trabalhador no equilíbrio a igualdade real entre o empregado e empregador, que são instrumentos de garantia aos trabalhadores.

Logo, à relevância da pesquisa para a comunidade científica, consistiu-se em apresentar instrumentos essenciais, buscando a construção do conhecimento técnico / acadêmico de forma a favorecer uma leitura e escrita mais eficiente, através da pesquisa e redação com embasamentos técnicos. Tem o objetivo de analisar os princípios da proteção aplicada ao direito do trabalho, como também demonstrar aspectos conceituais e normativos

do direito do trabalho; verificar os princípios gerais do direito do trabalho. Explicar a influência do princípio da proteção do trabalhador no equilíbrio a igualdade real entre o empregado e empregador.

O mesmo vale para o princípio da proteção, que não é apenas o valor básico do Direito do Trabalho, mas também apresentado como um valor social básico, que tem como princípio norteador a salvaguarda da dignidade dos trabalhadores, por se tratar de um grupo vulnerável nas relações de trabalho. Um legítimo representante de um dos valores primitivos e fundamentais do poder social moderno: o trabalho.

Na ferramenta para o alcance da igualdade básica das partes, algumas medidas preventivas surgiram para nortear sua aplicação, pois apesar do entendimento do perfil das partes e do efetivo cumprimento, a generalização do aumento da proteção ainda convergirá para estimular oportunidades e o comportamento desnecessário é prejudicial não apenas para os próprios trabalhadores, mas também para os empregadores e outros destinatários.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

A jornada legal de oito horas diárias de trabalho é uma conquista histórica e representa uma evolução das leis trabalhistas em respeito à saúde e a dignidade do trabalhador.

A primeira lei que tratou sobre o tempo de serviço em oito horas diárias, foi em 1593, conhecida como as Leis das Índias, de Felipe II; já em 1891, com a publicação da Encíclica Rerum Novarum onde declarou que “não deve o trabalho prolongar-se por mais tempo que as forças permitem” (CARRION, 2018), influenciou vários países a criarem leis que limitassem essa jornada de trabalho, sendo finalmente definido o máximo de oito horas diárias de trabalho a partir do Tratado de Versailles em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho e a publicação da primeira convenção, pela Conferência de Washington.

Já no Brasil, em 1932, iniciaram-se movimentos para fixar algumas categorias profissionais no limite da jornada em oito horas diárias de trabalho e 48 horas semanais. Porém, apenas em 1940, com o Decreto-Lei nº 2.308, a jornada de trabalho de 8 horas diárias e 48 horas semanais tornou-se regra, mas as jornadas diferentes são tratadas por legislações específicas.

A partir de 1988, com a consagração da nossa carta Magna, a jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais tornou-se o limite máximo perduração da jornada de trabalho, onde a finalidade da Lei foi limitar a jornada de trabalho e beneficiar o trabalhador e resguardar sua saúde física e mental, seu convívio familiar e social.

2.1. Consolidação das leis de trabalho versus a reforma trabalhista

A reforma trabalhista sancionada no dia 13 de julho de 2017, muda a regra a respeito do que é considerado hora trabalhada durante a jornada. Deixando, assim, de entrar na conta uma série de atividades, como alimentação, descanso e troca de uniforme. Essa mudança, assim como todas as outras previstas na reforma, começou a valer para todos os contratos atuais no Brasil a partir do momento em que entrou em vigo, no mês de novembro de 2017 (120 dias após sua sanção).

Anteriormente, todo o tempo em que o trabalhador estava à disposição do empregador era tido como jornada de trabalho, mesmo que o profissional não estivesse, de fato, trabalhando. São momentos como o “cafezinho” antes do início do expediente ou aqueles minutos a mais no fim do dia para esperar a chuva passar antes de ir embora. Tecnicamente, se o empregador precisasse, o colaborador estaria disponível. Entendimento este, em que tratava o artigo 4º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), com a seguinte redação: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens”.

Ou seja, por estar nas dependências da empresa, o trabalhador tinha de receber por aquelas horas. Se por causa do tempo a mais o profissional excedesse oito horas na companhia, recebia como hora extra ou os minutos iam para o banco de horas. Agora, de acordo com o novo texto, esses períodos não são considerados como jornada de trabalho. Isto é, a empresa não precisa pagar o funcionário por eles. “Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado (...) quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares”, diz o texto da reforma trabalhista.

Com isso, deixam de ser consideradas como parte da jornada, de acordo com a nova legislação, eventuais práticas religiosas, descanso, lazer, estudo e atividades de higiene pessoal, como tomar banho — idas ao banheiro continuam fazendo parte da jornada. A mudança de uniforme, por sua vez, só será considerada tempo de trabalho quando houver a obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Já os intervalos no meio do expediente (como um lanche no meio da tarde ou a saída para fumar) poderão ou não ser descontados da jornada. “Depende do tipo do trabalho”, diz Antônio Silva Neto, assessor jurídico do deputado federal Rogério Marinho (PSDB-RN), relator da reforma trabalhista na Câmara. Segundo ele, existem funções que exigem a permanência dos trabalhadores em seus postos a todo instante, como é comum em fábricas. Nestes casos, haverá o desconto. No entanto, em um escritório, seria possível um empregado ir à padaria da esquina sem prejuízo. “Mas é preciso ter bom senso — lógico que se ficar três horas fora será descontado”, diz Silva Neto.

De acordo com Süsskind, assevera que:

O direito do trabalho é o produto da reação observada no século 19 contra a exploração da classe trabalhadora pelos empresários. Com o aumento da produção das fábricas com teares mecânicos e motores a vapor, essas funções se tornaram mais potentes, e novos mercados foram ocupados por meios de transporte melhorados (revolução industrial), estes foram enfraquecidos pelos motivos opostos de expansão da empresa, principalmente por causa do país. O cumprimento das condições mínimas de trabalho não é imposto aos empregadores e as associações de trabalhadores nem mesmo estão proibidas de defender interesses comuns.

A Revolução Francesa afirmou a igualdade jurídica e política dos cidadãos (todos são iguais em direito), por isso adotou o princípio do respeito absoluto pela autonomia de vontade (liberdade de contrato), e o resultado foi que o Estado não interferiu nas relações contratuais (*laissez-faire*). Portanto, contribuiu para o liberalismo econômico defendido pelos *taoístas*, promovendo a exploração dos trabalhadores. (SÜSSENKIND, 2004. p.7-8).

O movimento sindical eclodiu devido às más condições de trabalho e eles buscavam salários mais altos. Naquela época, já havia ampla evidência de que os grupos economicamente mais poderosos gozavam de privilégios.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO DO TRABALHO

Em primeiro lugar, para entender melhor os tópicos específicos deste capítulo, é necessário esclarecer brevemente a diferença entre processo e procedimento. O instrumento para o exercício da jurisdição é o procedimento, que concede direitos de litígio aos necessitados, ou seja, o direito de defesa ou indenização por violação de direitos em juízo. Nesse sentido, destaca-se a diferença entre procedimento e procedimento: o primeiro é a forma de adotar ferramentas para a solução de controvérsias, e o procedimento é o meio de desenvolvimento de procedimentos.

Para Greco Filho preleciona que:

Processo é diferente de processo, processo é como ocorre o comportamento do processo. Esse processo é mais profundo, é a relação real entre os sujeitos, e foi explicado de diferentes maneiras em diferentes momentos históricos (GRECO FILHO, 1994. p.35).

Ainda sobre o tema discorre o autor Pinto:

Também é necessário insistir que embora os números de procedimentos e procedimentos sejam muito próximos, não os confunda. O entendimento dos dois pode ser baseado em duas questões levantadas por pessoas comuns ao buscar uma solução para um conflito de interesses jurídicos: o que fazer e como fazer. Para o primeiro, você está procurando o processo; para o segundo, você está procurando o processo que corresponde ao processo que você encontrou (PINTO, 2001. p. 45).

Portanto, um processo é uma estrutura de um conjunto ordenado de comportamentos em um estado estático, um processo que lhe confere dinâmica, ou seja, um método de externalização do processo (PINTO, 2001, p. 28-29).

Após a devida consideração dos procedimentos e procedimentos, cabe ressaltar que a Lei do Processo do Trabalho é a principal base para a solução dos conflitos trabalhistas. Nesse sentido, Nascimento, discutiu:

O direito processual do trabalho integra fundamentalmente o sistema constitucional dos conflitos laborais envolvendo jurisdição e contencioso nacional, e visa resolver os procedimentos e processos judiciais dos litígios decorrentes das duas formas principais de relações laborais. Conflitos individuais e colectivos com base na ordem jurídica Com base nas leis, jurisprudência, doutrinas e comportamentos internos do judiciário do trabalho, sanções disciplinares (NASCIMENTO, p.17-18).

Ainda Guglielmetto, Processo do Trabalho é:

Um conjunto de regras adotadas pelo estado para exercer suas funções jurisdicionais, envolvendo disputas decorrentes da relação de trabalho, envolvendo funcionários ou qualquer pessoa que represente funcionários, e disputas entre empregadores e empregadores, e outras formas de relações de trabalho autorizadas pela legislação (GUGLIELMETTO, 2004).

O direito processual do trabalho é um conjunto de princípios, regras e sistemas concebidos para regular as atividades das jurisdições para resolver as diferenças individuais ou coletivas entre trabalhadores e empregadores.

Com base na inferência conceitual acima mencionada, o termo “conjunta” indica que a formação do direito processual do trabalho é constituída por várias partes organizadas, formando um sistema que permite aos princípios do processo de trabalho acolher o conteúdo científico da matéria e fazer seu Legalização da autonomia.

As diversas normas contidas na legislação processual do trabalho estão sujeitas ao seu objeto, a maioria delas na CLT. Na “Lei Processual do Trabalho” existe também um conjunto de instituições e entidades que aplicam e criam os referidos ramos jurídicos, sendo o Estado o maior criador das normas processuais do trabalho. A justiça do trabalho é o órgão estadual responsável por fazer cumprir essas regras pelo judiciário.

A organização é definida de acordo com a lei e tem legitimidade para dirimir controvérsias entre as partes por meio de acordos individuais e coletivos de trabalho em tribunais trabalhistas, tribunais regionais do trabalho e tribunais superiores do trabalho. EC 45/2004 ampliou o conflito entre trabalhadores e empregadores.

De acordo com o artigo 3º da CLT72, entende-se por trabalhador todo indivíduo que presta serviços ao empregador de forma não temporária, mediante remuneração de seus subordinados. Empregador, de acordo com o art. 2º dos CLT73 são pessoas físicas ou jurídicas que arcam com os riscos de suas atividades, aceitando, instruindo e contratando os trabalhadores que os atendem.

4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Observou-se que, ao longo da história, os trabalhadores foram explorados sem serem remunerados de forma razoável. Como todos sabemos, a falta de capacidade dos funcionários em relação aos empregadores é uma grande realidade, não só no Brasil, mas também em todos os países do mundo.

Por causa dessas circunstâncias, é necessário equalizar as partes em futuros processos judiciais. Trata-se de igualdade de tratamento, de igualdade de tratamento e de desigualdade de tratamento. Todas as partes devem ser iguais para que a justiça judicial possa finalmente ser alcançada. Para isso, o princípio da proteção emergiu no sistema jurídico do trabalho.

A função do direito do trabalho é regular a relação entre empregados e empregadores, e sempre se esforçar para realizar o ideal de justiça.

4.1 CONCEITUAÇÃO E FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO

O princípio da proteção é um dos princípios básicos do direito do trabalho, podendo ser considerado um dos mais importantes entre outros princípios, por isso tem causado muitos problemas no direito interno.

Como já mencionado neste artigo, esse princípio é específico do Direito do Trabalho, mas vem da Constituição Federal, por isso é tão importante. Esse princípio pressupõe que, por ser o empregador o detentor do poder econômico, ele se encontra em uma situação superior e proporcionará aos empregados benefícios legais, e se empenhará para igualar as partes e compensar essa diferença.

Pode-se dizer que é por meio desse princípio que o Estado estende sua “mão” dessa forma para intervir no interesse dos trabalhadores e para evitar abusos por parte dos empregadores, proporcionando proteção mínima a essas relações. O princípio da não resignação é o tratamento. Os trabalhadores não podem abrir mão de seus direitos.

No que tange a este princípio preleciona DELGADO:

"Os princípios doutrinários afetam todas as partes do" Direito do Trabalho Pessoal "e afetam o estabelecimento, o desenvolvimento e o exercício dos direitos do ramo. De fato, neste ramo especial do direito, existem basicamente regras de proteção para salvaguardar os

desejos dos trabalhadores E o guardião dos interesses é responsável por uma grande proporção. Seu princípio é fundamentalmente benéfico para os trabalhadores; sua premissa é levar em consideração a mesma gama de vantagens de correção legal que a diferenciação social real. Na verdade, pode-se dizer que não há ideia de retificação protetora. A "Lei do Trabalho Pessoal" não será razoavelmente comprovada histórica e cientificamente (DELGADO, 2001, p. 23).

Parte dessa doutrina (Plá Rodriguez) confere a esse princípio o status de orientar todas as leis trabalhistas. De acordo com Arnaldo SUSSEKIND explica que:

“O princípio da protecção dos trabalhadores é o resultado de regras imperativas e, portanto, o resultado da ordem pública. Esta é uma característica da intervenção básica do Estado nas relações de trabalho e visa opor obstáculos à autonomia da vontade. Estas regras relevantes constituem a base do “ Contrato de Trabalho ” (SUSSEKIND, 2000).

Este princípio dá origem a três outros princípios, nomeadamente o trabalhador desconfia, a rega mais favorável e as condições mais favoráveis prevalecem.

4.2. In Dubio Pro Operario

Este princípio também conhecido como *in dubio pro misero*. O princípio é que, se houver outras interpretações de regras alternativas em certas circunstâncias, os encarregados da aplicação da lei devem sempre interpretá-las da maneira mais benéfica para os trabalhadores, desde que isso não seja uma questão de prova ou contrarie o cumprimento das regras do juiz.

No que diz respeito a esse princípio, explica DELGADO:

“Esse princípio tem gerado grande polémica em um de seus componentes, o que dificulta seu uso como princípio informativo do direito do trabalho. Agora, se suas dimensões efetivas são indiscutíveis, foi incluído em outro princípio fixo (o princípio da norma mais favorável), não há mais nenhum propósito científico ao usar a expressão. Afinal, a ciência assume e busca clareza e objetividade - a norma mais favorável pode ser melhor alcançada afirmando (DELGADO, 2001, p. 23).

Desse modo, Delgado criticou a praticidade desse princípio, pois acreditava que o princípio da norma mais favorável era suficiente e, portanto, não havia necessidade de aplicar o princípio.

4.2.1. Princípio da Norma mais favorável

Este princípio está incorporado em outros aspectos:

a) O princípio de formulação de normas mais favoráveis: Este princípio visa orientar os legisladores na formulação de normas mais relevantes para as condições sociais dos trabalhadores;

b) O princípio da hierarquia das normas jurídicas: Este princípio exige que os implementadores das normas, independentemente da sua categoria, adotem normas que sejam mais adequadas às condições reais dos trabalhadores. Portanto, por exemplo, se for decidido na convenção tirar um feriado de 45 dias, isso será verdade mesmo se CF tiver 30 dias;

c) O princípio de explicação mais benéfico: Se houver omissões ou repetições nas normas, e normas com dois significados, devem ser explicadas no interesse dos trabalhadores;

Julgado:

"JUÍZO: COMARCA DEZ. LUGAR DE ORIGEM: 14º VALLA BRASÍLIA / DF 14-0548 / DECISÃO DO JUÍZO DE ORIGEM: 2003 TIPO: RO NÚMERO: 00548: 2002 CLASSE: TERCEIRO: REQUERENTE: MARIA APARECIDA SOUZA SILVA BORGES E O.; REQUERIDO: CORPORAÇÃO REGIONAL FEDERAL DE SAÚDE-CAESB RELATORA. DESEMBARGADOR RELATOR: MÁRCIAMAZONICÚRCIORIBEIRO COMENTÁRIO JUIZ REVISOR: PAULO HENRIQUE BLAIR VOTO (...). É a função de informação substantiva do princípio, não normativa sim A verdadeira fonte material do ramo Justrabalista. Esta influência é muito evidente, especialmente no contexto da política democrática, o que torna o diploma normativo uma clara exceção, atacando assim a direção civilizacional básica inerente ao "Direito do Trabalho". Na fase jurídica (e, portanto, após as regras serem estabelecidas), o mesmo princípio serve tanto como um padrão para a hierarquia das regras jurídicas quanto como um princípio para a interpretação dessas regras. Como padrão hierárquico, permite escolher uma regra que seja mais benéfica para os trabalhadores como regra dominante em uma dada situação de conflito de regras e, claro, certos procedimentos objetivos de orientação devem ser seguidos. Como princípio da interpretação jurídica, se confrontado com normas jurídicas fundamentais, existem duas ou mais opções de interpretação consistentes perante o intérprete, o que permite a escolha da interpretação mais benéfica para os trabalhadores. Em outras palavras, informa o princípio de que, no processo de aplicação e

interpretação da lei, um operador jurídico que se depara com um conflito de regras ou uma interpretação consistente das mesmas deve escolher a pessoa que é mais benéfica para os trabalhadores e pode desempenhar melhor a tarefa. O significado teleológico básico do direito do trabalho. Ao buscar e escolher as normas mais favoráveis, o intérprete e executor da lei obviamente deve obedecer a certas condutas objetivas, que podem preservar a compreensão dos fenômenos jurídicos e do caráter científico da apropriação. Portanto, não é necessário considerar trabalhadores específicos, que são objetos da norma em determinadas circunstâncias, mas trabalhadores como parte de um universo mais amplo (por exemplo, categorias profissionais).

No que diz respeito ao processo de classificação normalizada, os responsáveis pela aplicação da lei não podem permitir que a utilização do princípio da regra mais favorável prejudique o sistema de ordem jurídica, dispensando assim a necessidade de submeter todo o processo de interpretação e aplicação do nível científico. Legal. Portanto, se você deseja encontrar as regras mais favoráveis, é impossível concluir a separação parcial, caso a caso, de regras, acumular disciplinas que são benéficas para os funcionários e realmente criar suas próprias ordens jurídicas temporárias para cada caso específico O resultado do método proposto) teoria da acumulação " (MALHEIROS, 2006).

4.2.2. Princípio da Condição mais benéfica

Quanto a esse princípio, é compreensível que os trabalhadores devam sempre ter condições mais favoráveis, princípio esse relacionado ao direito de aquisição amparado no artigo XXXVI, § 5º da Constituição Federal de 1988, pois assegura aos trabalhadores que não há ultrapassar normas que lesem seus direitos atenderá ao contrato de trabalho ou acordo de trabalho mais favorável, por isso só está autorizada a alteração de forma que vise proporcionar aos trabalhadores melhores condições sociais.

Julgado: "TRIBUNAL: 2ª Região. ACÓRDÃO NUM: 20050903238
DECISÃO: 06 12 2005. TIPO: RO01 NUM: 00966 ANO: 2004.
NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 - 00966-1998-040-02-00.
RECURSO ORDINÁRIO TURMA: 4ª ÓRGÃO JULGADOR -
QUARTA TURMA. PARTES: RECORRENTE (S): OVERPRINT
EMBALAGENS TÉCNICAS LTDA RECORRIDO (S): JOSÉ
VITÓRIO LAUREANO RELATOR: RICARDO ARTUR COSTA E
TRIGUEIROS REVISOR SERGIO WINNIK. EMENTA TURNOS
ININTERRUPTOS. JORNADA AMPLIADA. HORAS EXTRAS
DEVIDAS. É certo que o inciso XIV do artigo 7º da Constituição

Federal ressalva a possibilidade de negociação coletiva no tocante à jornada em turnos ininterruptos. Porém, isso não significa que a empresa possa usar o nome de autonomia coletiva como pretexto para simplesmente aumentar a jornada de trabalho sem pagar horas extras e concluir o trabalho sem pagar salário. Não há contradição entre as normas constitucionais, e uma explicação deve ser feita para estabelecer uma harmonia perfeita entre os valores que protegem seus diferentes meios. arte. No artigo 7º da Carta, o Líder Supremo da Carta Magna elevou o princípio da universalidade da regra mais favorável à hierarquia constitucional, e apenas autorizou mudanças de sentimento, ou seja, destinadas a "melhorar as condições sociais dos trabalhadores". Portanto, mesmo quando negociando sob a complacência do ente de classe, ainda é irônica a cláusula coletiva que estipula a prorrogação do percurso constitucional sem qualquer consideração, sob pena de legalizar o trabalho gratuito, fere a dignidade humana e o trabalho. Valor social. , Esta é a espinha dorsal da república (artigos 1º, incisos III e IV, 6º, 7º caput, e incisos, da Constituição Federal). DECISÃO: por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso ordinário para determinar que a correção monetária seja apurada na formada fundamentação do voto, que integra e complementa seu dispositivo”.

4.3. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO EM XEQUE

Uma vez superada a interpretação do princípio da proteção e suas consequências, é hora de examinar esse princípio para ver se ele realmente protege os trabalhadores e se causa insegurança jurídica.

Obviamente, a julgar pelo conteúdo descrito no Capítulo 1, ao se olhar para a história do Direito do Trabalho, não existe tal conjunto de leis que regulem suas atividades. No entanto, como todos sabemos, a classe trabalhadora é de fato limitada e insuficiente em relação às grandes empresas, mas qual é o propósito da lei? Seu objetivo não é proteger as classes com privilégios inferiores.

Nessa linha de pensamento, as pessoas observaram o que disse Arion Sayão ROMITA:

“A proteção de qualquer sujeito de toda relação social não é função dos direitos de nenhum ramo do direito. A função da lei é ajustar a relação para realizar o ideal de justiça. Se para fazer com que o ideal de justiça tenha resultados práticos, é necessário tomar algumas medidas para equilibrar os dois pólos da relação, então a lei dá à

desfavorecida certa garantia, juro ou juro que pode atender a esse requisito.” (ROMITA, 2003, p. 23).

Ainda de acordo com o autor preleciona que:

“Proteger os funcionários não é função da legislação trabalhista. O papel do direito do trabalho é regular a relação entre empregados e empregadores e iniciar litígios. A função protecionista da legislação trabalhista foi previamente confirmada para beneficiar os empregados. Isso não leva em consideração a natureza bilateral da relação de trabalho” (ROMITA, 2003, p. 23).

Portanto, pode-se observar as severas críticas dos autores citados aos princípios discutidos. Às vezes, observa-se que, como a função da lei está sendo distorcida e o objetivo principal de realizar os ideais judiciais muitas vezes não é alcançado, a proteção produzida por esse princípio acaba levando à insegurança. Existem outras maneiras de igualar as partes em uma relação processual sem comprometer os ideais de justiça.

A proteção a ser veiculada por esse princípio acaba levando à falta de proteção, o que acaba perpetuando o status de submissão e o complexo de inferioridade do trabalhador brasileiro, comprovando que essa superproteção desnecessária pode levar à perda de direitos e à insatisfação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o “Direito do Trabalho” é um conjunto de princípios, regras e sistemas de relações laborais subordinadas e situações semelhantes, que visa garantir aos trabalhadores melhores condições laborais e sociais com base em medidas de proteção aos trabalhadores. Como um ramo autônomo do direito, exibe seu próprio desenvolvimento de doutrina, legislação, doutrina e autonomia jurisdicional. De acordo com o mestre Amauri Mascaro define Direito do Trabalho:

“[...] é um ramo da ciência jurídica, tem por objeto regular, o sistema jurídico e os princípios que regem a relação de trabalho dos subordinados, determinar seus temas e organizações e instituições destinadas a proteger sua estrutura de trabalho. Atividades.” (NASCIMENTO, 2007. p. 58)

É óbvio a partir dessas declarações que proteger os empregados não é uma função da legislação trabalhista, mas sim regular a relação entre empregados e empregadores. Os princípios do direito do trabalho não apenas revelam o conteúdo básico da estrutura interna

do sistema jurídico do trabalho, mas também revelam o valor social que constitui a estrutura interna do sistema jurídico. Portanto, o próprio princípio de proteção absorve conteúdos que são contraditórios ao próprio sistema capitalista, e o próprio sistema capitalista é um meio de inserção do direito do trabalho.

Ainda seguindo o pensamento de Mascaro Nascimento (Mascaro Nascimento), de certa forma, existe um princípio maior no direito do trabalho, ou seja, a proteção jurídica do trabalhador compensa sua Dependência e inferioridade no contrato de trabalho. Empregadores e instruções de trabalho de seus subordinados. Portanto, neste caso, tendo em vista a desigualdade natural que separa os trabalhadores e facilita uma parte do contrato legal, ou seja, o empregador, o direito do trabalho é um meio para empoderar os trabalhadores e pode equilibrar o corpo principal do contrato de trabalho.

Portanto, os princípios ora discutidos estabelecem-se como base para a formulação das leis, portanto, seja no sentido da justiça, da verdade ou da doutrina, é um guia para a interpretação do direito. Os juízes não podem ser discretos quanto a isso, principalmente porque há um grande número de regras que protegem os funcionários.

Portanto, a proteção do trabalhador deve coexistir com a segurança jurídica e outros princípios, como está provado, não pode ser interpretada separadamente do resto da ordem, e os princípios de proteção devem ser aplicados com bom senso e tecnicismo, e o abuso brutal é propício à falta de trabalhadores. Trabalhadores e tentativas de se qualificar para substituir os legisladores, enquanto os ideais de justiça, igualdade material e legitimidade constituem diretamente um crime.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. LTr- São Paulo: 2001, p. 23.

Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1184>, acesso no dia 27 de outubro de 2020.

Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1184>, acesso no dia 27 de outubro de 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GUGLIELMETTO, Roberto Luiz. **A sentença em dissídio individual trabalhista à luz do princípio da equidade.** Dissertação do curso de Mestrado da UNIVALI, junho de 2004.

GUGLIELMETTO, Roberto Luiz. Acórdão 5857/1999, Publicado no DJ/SC em 21-06-1999, p. 86. In: SANTA CATARINA. **Tribunal regional do trabalho.** 12ª região. Disponível em: <<http://www.trt.12.gov.br>> Acesso em 20 de out. de 2020.

MALHADAS, Maria Regina Olivé. **Acórdão 7710/2005, Publicado no DJ/SC em 29-06-2005, p. 221.** In: SANTA CATARINA. Tribunal regional do trabalho. 12ª região. Disponível em: <<http://www.trt.12.gov.br>> Acesso em 20 de out. de 2020.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Os Princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988,** Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano 8, n. 8, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xequê.** LTr- São Paulo: 2003, p. 23.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1977.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao processo do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento.** 2001.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho.** Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ROBORTELLA. **A surrealista polêmica sobre o novo contrato de trabalho.** Revista Gênese, n. 64, p. 534.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xequê e outros ensaios.** São Paulo. LTr, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1999.

SOUZA NETTO. **Da justiça do trabalho: sua organização e competência.** São Paulo: Saraiva, 1938.

SÜSSENKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A EFETIVIDADE DAS NORMAS DE INCLUSÃO DA CANDIDATURA DA MULHER PARA DEPUTADA ESTADUAL NA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO TOCATINS

JHULY OHANY RODRIGUES CARNEIRO:
Bacharelanda no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo

LILIANE DE MOURA BORGES 63

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo fazer uma análise da efetividade das normas de inclusão da mulher nas candidaturas para deputada estadual na Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Busca-se verificar se as Leis de Cotas são suficientes para incluir efetivamente as mulheres na Casa de Leis. Para a realização da pesquisa foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica descritiva, por meio da análise dos dados disponíveis no sítio do Tribunal Superior Eleitoral e literatura jurídica. Ademais, faz-se um breve panorama histórico sobre a conquista dos direitos políticos feminino, bem como sua relação com o princípio da igualdade e efetivação da democracia. Por fim, apresenta-se algumas possíveis justificativas para ausência das mulheres na política, de forma a propor maneiras de combater veementemente as práticas de exclusão do gênero.

Palavras-chave: Cotas; Candidatura feminina, Democracia; Igualdade; Mulher; Tocantins

ABSTRACT: This study aims to analyze the effectiveness of the rules for the inclusion of women in candidacies for state deputy in the Legislative Assembly of the State of Tocantins. The aim is to verify if the Quota Laws are sufficient to effectively include women in the House of Laws. To carry out the research, the methodology of descriptive bibliographic research was used, through the analysis of data available on the website of the Superior Electoral Court and legal literature. In addition, there is a brief historical overview of the conquest of women's political rights, as well as their relationship with the principle of equality and the effectiveness of democracy. Finally, some possible justifications for the absence of women in politics are presented, in order to propose ways to vehemently combat gender exclusion practices.

Keywords: Quotas; Female candidacy, Democracy; Equality; Woman; Tocantins

Sumário: 1. Introdução – 2. Breve contextualização histórica a conquista dos direitos políticos das mulheres – 3. Políticas de cotas adotadas no Brasil 4. Evolução da participação feminina nas candidaturas aos cargos de deputada estadual da assembleia legislativa do Tocantins – 5. A importância das cotas no tocante a efetivação do princípio da igualdade –

63 Mestre em Ciências Ambientais pela PUC/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada, mediadora de conflitos e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail prof.lilianeborges@fasec.edu.br

5.1. Possíveis justificativas da ausência de participação feminina no parlamento. 6. Conclusão - 7. Referências.

INTRODUÇÃO

A biografia feminina é marcada por grandes lutas e conquistas, dentre elas o direito ao sufrágio, o qual foi inserido no primeiro Código Eleitoral brasileiro em 1932, vindo a consolidar-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, não obstante com algumas restrições, as quais serão abordadas no primeiro capítulo deste artigo.

Somente no ano de 1965, com o advento do novo Código Eleitoral, o voto feminino se igualou ao masculino.

Todavia, embora a mulher represente mais da metade do eleitorado brasileiro, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral divulgado em 2020, ainda há um desequilíbrio no tocante a sua representatividade na política. Assim, com o intuito de dirimir a desigualdade e garantir a participação feminina no meio, ao longo dos anos, a Justiça Eleitoral editou algumas ações afirmativas de cotas, as quais serão pormenorizadas adiante.

Ocorre que, a cultura do sexismo enraizada na sociedade faz com que o avanço caminhe a passos lentos, de tal forma que as normas adotadas pelo País não têm se mostrado suficientes para mudar o cenário de sub-representatividade da mulher brasileira.

No Estado do Tocantins, o número de cadeiras parlamentares ocupadas por mulheres evoluiu de forma ínfima, de modo que na década de noventa havia cerca de oito por cento (8,3%) e hoje, após mais de vinte anos da implementação da política de cotas, há apenas vinte por cento por cento (20,8%).

Por essa razão é que se revela valoroso discutir o tema, uma vez que a expressiva participação da mulher na política interessa a todas as pessoas que buscam viver em uma sociedade mais justa, igualitária e democrática, sobretudo em termos de gênero. Além disso, cumpre enfatizar que as mulheres eleitas tornam-se porta-voz das demais, de forma que a sua representatividade pode influenciar nas relações domésticas e sociais do País, por meio da edição de leis mais voltadas aos direitos das minorias.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar a efetividade das normas de inclusão da mulher na política. Será feito um estudo dos dados estatísticos do eleitorado feminino no País e sua representatividade, de modo a apresentar as possíveis justificativas da ausência feminina nesta seara.

O presente artigo foi desenvolvido por meio da metodologia de pesquisa descritiva. Foi realizado um estudo dedutivo sobre a efetividade das políticas de cotas para a inclusão do gênero.

No tocante a fonte de pesquisa, foi utilizado livros, cartilhas, revistas, teses, dissertações, legislação pertinente, canais de disponibilização de artigos científicos, bem como diversos materiais disponibilizados na internet.

O trabalho está dividido em quatro capítulos. No primeiro foi abordado as lutas e barreiras enfrentadas pelas mulheres para conquistar os seus direitos políticos. No segundo foram apresentadas as ações afirmativas adotadas pelo Brasil para a inclusão da mulher na política, tal como as cotas.

No terceiro capítulo foi feita uma análise sobre a efetiva participação feminina nas candidaturas aos cargos da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins frente às cotas.

Por conseguinte, no quarto capítulo está apresentado alguns aspectos relacionados ao princípio da igualdade e as possíveis justificativas da ausência do gênero nesse meio

Desse modo, o presente artigo objetiva analisar a efetividade das normas de inclusão da mulher na política brasileira, de forma a apresentar a real participação feminina, bem como as barreiras por elas enfrentadas na busca pela igualdade e efetivação da democracia.

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA SOBRE A CONQUISTA DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES

É inegável que devido ao sexismo cultural, por muito tempo a mulher foi vista apenas como um ser dependente de uma figura masculina, de modo que ao homem cabia o papel de liderar e influenciar, enquanto as mulheres deveriam somente cuidar dos afazeres domésticos. Para quebrar esse paradigma elas enfrentaram muitas lutas, quebraram barreiras e organizaram importantes movimentos sociais na busca pela igualdade e o direito de participar da política brasileira, o qual se consolidou há pouco mais de 80 anos. Entretanto, convém ressaltar que a luta pelo sufrágio universal começou bem antes.

Em 1919, após lutar para que o senado apresentasse o primeiro projeto de lei em favor do sufrágio feminino, Leolinda Daltro, fundadora do partido republicano feminino, com o apoio da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF), conseguiu que o senador Justo Chermont se manifestasse como autor da proposição, todavia este sofreu muitas pressões que levaram ao adiamento da discussão do projeto, o qual mais tarde foi arquivado (Mais mulheres na política. 2015. Senado).

Registra-se que nessa época, “as feministas eram ridicularizadas e vistas como incapazes de ocupar postos eletivos públicos. Um movimento parecido, portanto, com o que ainda se vê quando as mulheres buscam ampliar sua participação nos espaços políticos” (Mais mulheres na política. 2015. Senado, pg. 18).

Dessa forma, diante da inércia do Senado e considerando que naquele momento era competência dos Estados da Federação legislar sobre matéria eleitoral, em 1927, no Estado do Rio grande do Norte, Celina Guimarães Viana tornou-se a primeira mulher a votar no Brasil “baseada no texto constitucional do estado que mencionava o direito ao voto, “sem distinção de sexo”. Em seguida, o estado teve eleita, em 1929, a primeira prefeita da América do Sul, Alzira Soriano, na cidade de Lajes.” (Mais mulheres na política, 2015, p. 18).

“O fato repercutiu no Poder Legislativo federal, que chegou a discutir a validade da lei e da votação, mas não houve conservadorismo que resistisse à vontade e à grande

mobilização das mulheres pela participação na vida política” (Mais mulheres na política. 2015. Senado, pg. 18).

Assim, no dia 24 de fevereiro do ano de 1932 houve a criação da Justiça Eleitoral, bem como do primeiro Código Eleitoral, o qual dispunha que as mulheres poderiam votar nas próximas eleições nacionais, embora com algumas restrições, uma vez que “apenas as mulheres viúvas ou solteiras com renda própria poderiam votar. As mulheres casadas, mesmo que também tivessem renda própria, fruto de atividade profissional, só poderiam votar se autorizadas pelo marido” (MARQUES, 2019, p. 108).

Ocorre que, apesar de ser uma grande conquista, ainda não era satisfatório, tendo em vista as condições impostas. Diante disso, a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF) reivindicou pela igualdade política, sem qualquer restrição. Os pedidos das sufragistas foram então, acatados e a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, as restrições ao exercício do voto foram eliminadas, permanecendo, entretanto, obrigatório apenas às mulheres que exerciam função pública remunerada⁶⁴, de forma que nas eleições daquele ano foi eleita a primeira deputada - Carlota Pereira de Queiroz.

A partir do ano de 1965, com a edição do Código Eleitoral que vigora até os dias de hoje, o voto feminino se equiparou ao masculino.

Sucedo que, em que pese tenham angariado êxito na luta por direitos políticos, ainda era mínima a participação feminina nas eleições. Diante disso, “após a conquista do direito ao voto, outro importante passo foi a aprovação, em 1995, da lei que garantiu a cota de gênero correspondente a 20% das candidaturas nas eleições municipais de 1996” (Mais mulheres na política, p. 18). Tal porcentagem, entretanto, foi majorada para 30% com o advento da Lei nº 9.504 de 1997, que permanece vigente até a atualidade.

Pois bem. Passados mais de 88 anos desde a consolidação dos direitos políticos femininos, cumpre consignar que, embora as mulheres representem atualmente mais de 50% do eleitorado brasileiro, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral, ainda é ínfimo o número de eleitas, sendo que o Brasil teve apenas uma mulher chefe do executivo federal (Dilma Rousseff). Dessa forma, tendo em vista o cenário político de sub-representatividade do País, a luta feminista pela causa ainda perpetua até os dias atuais.

Assim, conforme mencionado na introdução deste artigo, o que motivou a pesquisar e investigar a participação feminina na política é o fato de haver uma representação desproporcional de gênero nos espaços políticos, uma vez que a democracia só estará consagrada quando houver igualdade e paridade na política.

2 POLÍTICAS DE COTAS ADOTAS NO BRASIL

Com o advento do voto universal e obrigatório, conforme dados disponibilizados pela Justiça Eleitoral, percebeu-se ainda, a ausência de efetiva participação feminina nas eleições, de forma que a conquista dos direitos políticos foi apenas o início da luta por espaço

⁶⁴ “Art. 109. O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”(BRASIL, 1934).

nas bancadas parlamentares. Daí a necessidade de ações afirmativas que incentive e garanta a igualdade efetiva de representação no parlamento brasileiro.

Diante disso, ao longo dos anos houve a edição de diversas ações afirmativas de inclusão e incentivo à participação feminina na política.

A primeira delas, consoante mencionado no capítulo anterior, foi a Lei nº 9.100/65 que garantia uma cota de gênero correspondente a 20% das candidaturas nas eleições municipais de 1996 (BRASIL, 1995). Dois anos depois, com o advento da Lei nº 9.504/97, o percentual mínimo foi elevado para 30%, passando a ser válido para as próximas eleições do Poder Legislativo. (Mais mulheres na política, 2015).

Nesse entremeio, houve ainda importantes alterações e inovações legislativas em busca da equidade entre os gêneros na política.

A Lei nº 9.096/95, a qual dispõe sobre os partidos políticos, impõe em seu art. 44, inciso V, que, no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos oriundos do Fundo Partidário deverão ser investidos na criação e manutenção de programas de incentivo a participação política das mulheres (BRASIL, 1995).

Tal regulamentação tem como escopo principal angariar a representatividade da mulher nas cadeiras do Senado, Assembleias e Câmaras municipais. Ocorre que, embora previsto em lei, muitos partidos políticos tiveram, e ainda têm, suas prestações de contas desaprovadas por não reservarem a porcentagem mínima do montante dos recursos do Fundo Partidário no incentivo a participação feminina, conforme decisões do TSE66.

Sob esse prisma, foi editada a Lei nº 13.165/15 que estabelecia percentual mínimo (cinco por cento) e máximo (quinze por cento) para o financiamento de campanhas eleitorais femininas⁶⁷ nas próximas três eleições. Entretanto, convém questionar o porquê de tantos limites? Por que o dispositivo só seria válido para as três eleições seguintes? Além disso, por que determinar um percentual máximo de financiamento?

Nesse diapasão, percebe-se o quanto é grave esse cenário de sub-representatividade. Algo que era para ser benéfico às mulheres, em verdade, tornou-se um limitador, de modo a restringir sua participação efetiva nas campanhas. Ademais, lutar por equidade, conforme

65 Art. 11, § 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

66 TSE. **Decisões do TSE reforçam iniciativas de incentivo à participação feminina na política**, 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/deciso-es-do-tse-reforcam-iniciativas-de-incentivo-a-participacao-feminina-na-politica>>

67 SENADO, 2015. “Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

afirma Luiz Carlos Gonçalves, “não se trata de conceder às mulheres vantagens ora negadas aos homens, mas de dar a elas o mesmo tratamento que eles já recebem” (GONÇALVES, pg. 364, 2018).

Diante dessa situação limitadora de gênero, a Procuradoria Geral da República, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5617) no Supremo Tribunal Federal, sob argumento de que o dispositivo viola as políticas afirmativas à medida que estipula percentual mínimo de 5%, ou seja, muito aquém do que prevê as cotas de gênero (trinta por cento). Além disso, acerca do limite de 15%, o Procurador aduziu que estipular percentual máximo inviabiliza a alocação de recursos de forma equitativa entre os candidatos e candidatas (STF, ADI 5.617, 2018).

N que mostra-se de extrema irracional e curto para alterar esse quadro de desigualdade estrutural que assola o país há décadas (STF, ADI 5.617, 2018).

Portanto, de modo a vedar o retrocesso, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, no que se refere ao limite temporal de três anos, devendo perdurar vigente a norma enquanto for justificável a composição mínima das candidaturas. Concernente ao limite de 15%, definiu por equipará-lo ao percentual do patamar mínimo de candidaturas femininas, qual seja o previsto de 30%.

Em seu voto, o Nobre Relator da decisão, Min. Edson Fachin, afirmou que “em virtude do princípio da igualdade, não pode, pois, o partido político criar distinções na distribuição desses recursos exclusivamente baseadas no gênero” (STF, ADI 5.617, 2018).

A decisão foi muita comemorada, sendo um importante passo para o equilíbrio entre gêneros na política, de forma que, embora sutil, já foi possível perceber um avanço no número de candidaturas femininas na eleição subsequente, conforme será objeto de estudo no capítulo a seguir.

3 EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NAS CANDIDATURAS AOS CARGOS DE DEPUTADA ESTADUAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO TOCANTINS

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, foi criado o Estado do Tocantins em 1988. Conforme disposição transitória prevista no art. 13 da Carta Magna, o Estado integra a Região Norte e limita-se com o Estado do Goiás, Bahia, Piauí, Maranhão, Pará e Mato Grosso (BRASIL, 1988), tornando-se, assim, o Estado mais novo da Federação.

Malgrado seja um Estado com 32 anos, também perpetua na região o cenário de sub-representatividade, o qual ainda, não elegeu nenhuma mulher para o cargo de chefe do poder executivo estadual.

Além desse fator, em que pese o eleitorado do Estado seja de maioria feminina, conforme dados divulgados pelo Tribunal Regional Eleitoral, no tocante ao cargo do poder legislativo estadual, desde a implementação das normas de cotas houveram seis eleições, de modo que, conforme será demonstrado a seguir, a representatividade feminina cresceu de

forma bastante lenta, sendo possível perceber um disparo na quantidade de eleitas apenas no ano de 2018.

Nesse compasso, cumpre enfatizar que a população elegeu as primeiras deputadas estaduais somente após a implantação das ações afirmativas nas eleições gerais, que ocorreu em 1998. Naquele ano foram eleitas duas mulheres: Leide Neves Pereira e Josiane Braga Nunes, as quais ocuparam duas das vinte e quatro vagas na Assembleia legislativa do Tocantins (TSE, 1998).

Os dados disponibilizados no sítio do Tribunal Superior Eleitoral, revelam que ao longo das últimas seis eleições o número de representantes eleitas para o legislativo estadual cresceu 12%. Em 1998 as mulheres ocupavam 8,3% das cadeiras da Assembleia legislativa do Tocantins. Em 2020 as mulheres ocupam 20,8%. Vejamos:

Ano da eleição	Nº de candidaturas masculinas	Nº de candidaturas femininas	Nº de candidatas eleitas	(%)	Percentual de representatividade
Eleições de 1998	170	40	2	5%	8,3%
Eleições de 2002	216	55	2	2,9%	8,3%
Eleições de 2006	260	58	3	4,4%	12,5%
Eleições de 2010	182	32	4	11,7%	16,6%
Eleições de 2014	170	62	3	3,4%	12,5%
Eleições de 2018	141	66	5	6,4%	20,8%

68 Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-1998/candidaturas-votacao-e-resultados/resultado-da-eleicao-de-1998>.

Fonte: Tribunal Superior Eleitoral

No Estado do Tocantins há 24 (vinte e quatro) vagas para o cargo da Assembleia Legislativa, ocorre que, conforme verifica-se da tabela acima, é nítida a enorme discrepância entre o número de candidaturas masculinas e femininas ao longo dos pleitos eleitorais.

Através da análise frente às políticas de cotas, percebe-se que conforme houve o aprimoramento e adequação dos dispositivos referentes às ações afirmativas, o número de candidatas mulheres eleitas aumentou de forma ínfima.

De 1998 a 2006, a Lei nº 9.504 que dispunha sobre as cotas, apresentava a seguinte redação:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

§ 3º Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

Assim, era facultado à agremiação o preenchimento das vagas destinadas às mulheres, de forma que não havia nenhuma sanção caso as vagas não fossem preenchidas. “O único inconveniente que o partido sofre ao não preencher o percentual mínimo de 30% das vagas com mulheres é simplesmente que não poderá preenchê-las com homens. Nada mais.” (MASCHIO, 2003, p.57).

Por conseguinte, com o advento da minirreforma eleitoral em 2009 (Lei nº 12.034/09), o termo “deverá reservar”, do dispositivo citado, foi substituído por “preencherá”⁶⁹, de modo que nas eleições seguintes passou a ser obrigatório que os partidos cumpram com as ações afirmativas de cotas.

No tocante às modificações ocorridas em 2009, no Estado do Tocantins percebeu-se um aumento, embora pequeno, no número de eleitas, que passou a ter três deputadas estaduais, representando 16,6%. Ocorre que, de acordo com dados do Tribunal Superior Eleitoral, ainda era baixa a representatividade feminina nos espaços políticos de todo o País.

Diante disso, em 2015 consolidou-se no ordenamento jurídico a efetiva vinculação das candidaturas com investimentos em campanhas, conforme tratado no capítulo anterior, de forma que, os partidos devem destinar 30% dos recursos oriundos do Fundo Partidário no financiamento das campanhas femininas.

⁶⁹ § 3o. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 1997).

Logo, da análise dos dados, nota-se que, com o advento da respectiva norma, o número de eleitas quase dobrou no Estado do Tocantins nas eleições de 2018, sendo que em 2019, pela primeira vez na história do Estado, a Assembleia Legislativa foi presidida por uma mulher.⁷⁰

A vista do até aqui exposto, é notório que as normas de incentivo à participação efetiva feminina na Casa de Leis do Estado vêm crescendo a passos lentos. Verifica-se que os diversos dispositivos não têm surtido os efeitos desejados, uma vez que ainda há um cenário de sub-representatividade, tendo em vista que as mulheres não representam nem 30% das cadeiras na Assembleia, situação essa que obsta a efetivação do princípio da igualdade, bem como da democracia.

4 A IMPORTÂNCIA DAS COTAS NO TOCANTE A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Ao falar sobre princípio da igualdade, é preciso entender alguns aspectos sobre essa temática. O caput do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil preceitua que “todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1988). Ocorre que essa igualdade não se refere a igualdade formal, em que se coloca todos em uma mesma posição social. “Cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial” (GOMES, 2001).

Nesse trilhar, o autor português Guilherme Machado Dray citado por Joaquim Barbosa (2001, p. 2) assevera que:

A concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.

Nesse diapasão, é notório que no Brasil há diversos problemas referente à desigualdade, os quais coexistem há séculos no País. Diante disso, com o intuito de dirimir esse desequilíbrio que assola as esferas sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil, traduz, em primeiro plano por meio do preâmbulo, a preocupação de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais,[...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos [...]” (BRASIL, 1988).

70 MODESTO. Yago. Primeira mulher a assumir a AL-TO, Luana quer mais dinamismo e celeridade na Casa de Leis, 2019. Disponível em: <https://al.to.leg.br/noticia/gabinete/luana-ribeiro/7588/primeira-mulher-a-assumir-a-al-to-luana-quer-mais-dinamismo-e-celeridade-na-casa-de-leis>

Nesse prisma, sob um olhar minucioso, pode-se extrair do texto o exato objetivo do legislador, o qual, teve a “intenção de criar instituições democráticas que assegurem o direito à igualdade” (OLIVEIRA, 2018), sendo esse o alicerce para todos os direitos humanos, pois não há que se falar em democracia sem se ter como fundamento o respectivo princípio.

Partindo dessa premissa, destaca-se o binômio igualdade e equidade, de forma a trazer à baila o preceito aristotélico. Para Aristóteles, igualdade consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. “Esse pensamento do celebre jus filósofo não quis disseminar o preconceito entre as diferenças, mas considera que já que essas diferenças existem que sejam tratadas como tais, com a finalidade de integrar a sociedade” (AYRES, 2017).

Nesse sentido, no tocante à democracia e sua efetivação, conforme aduzido em linhas pretéritas, percebe-se que não há no país uma representação efetiva igualitária dos gêneros. Da análise dos dados, pôde-se observar o quão baixa é a representatividade feminina no Poder Legislativo do Estado do Tocantins. Tal fator revela, então, a importância das ações afirmativas de inclusão da mulher na política, vez que tratam-se de mecanismos que “visam corrigir deformações sociais, tentando incluir socialmente os grupos taxados como minorias, tais como negros, mulheres, homoafetivos, portadores de deficiência física” (OLIVEIRA, 2018).

O ilustre ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa (GOMES, p.13) descreve que “somente a ação afirmativa [...] possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante como direito fundamental de todos. ”

Além disso, Luiz Felipe Miguel destaca que as mulheres possuem interesses especiais, legítimos, ligados ao gênero, que precisam ser levados em conta, de forma que, quando o sistema político está estruturado de forma tal que veda ou obstaculiza a expressão destes interesses (ou de quaisquer outros), ele se revela injusto (MIGUEL, 2000, Pg. 3).

Portanto, frente ao exposto, ao se verificar os dados das candidaturas ao longo das eleições realizadas no Estado do Tocantins, pode-se confirmar o quão importante são as políticas de cotas e a preocupação da Justiça Eleitoral em garantir a real efetivação da norma, no tocante a efetivação do princípio da igualdade.

4.1 Possíveis justificativas da ausência de participação feminina no Parlamento.

Apesar de terem sido editadas leis com o intuito de incluir a mulher na política, uma pesquisa realizada pela ONU Mulheres colocou o Brasil na posição de nº 154, de um total de 174 países examinados no quesito participação feminina no Poder Legislativo (SANTOS, 2018). É clarividente que, com base nos dados, sobretudo os analisados no teor deste artigo, que as normas adotadas pelo País não têm se mostrado suficientes para mudar o cenário de sub-representatividade da mulher brasileira. Nas eleições de 2018, por exemplo, em três

Estados, quais sejam Amazonas, Maranhão e Sergipe, nenhuma mulher foi eleita para o cargo de Deputada Federal⁷¹.

Diante desse panorama, convém questionar quais são as possíveis justificativas da ausência de mulheres nos espaços políticos, uma vez que embora tenha aumentado o número de candidatas, o montante de eleitas não evoluiu na mesma proporção. Tal situação pode ser justificada por diversos fatores, dentre eles destacam-se o preconceito histórico enraizado na cultura da sociedade, ausência de incentivos por parte dos diretórios partidários e o lançamento de candidaturas fictícias somente para cumprir as cotas legais.

No tocante ao contexto histórico do País, “à mulher foi incumbido o trabalho reprodutivo, o cuidado com a família e as responsabilidades da casa. A sua inserção na esfera política e no mercado de trabalho é vista como complementar e intermitente” (SANTOS; SÁ, 2019). Trata-se, em suma, de um problema arraigado na cultura patriarcal brasileira e que, infelizmente, diante do cenário atual, ainda está longe de ser erradicado da sociedade brasileira.

Ademais, diante do contexto histórico do país é que se revela de suma importância as ações afirmativas de incentivo e inclusão da mulher no parlamento, vez que somente com o poder de voz e decisão que o cenário de sub-representatividade pode mudar.

Nessa vereda, conforme Gonçalves (2018, pg. 363) preleciona, em verdade, as ações afirmativas não buscam conceder às mulheres vantagens ora negadas aos homens, mas sim de dar a elas o mesmo tratamento que eles já recebem.

Frisa-se, ainda que esse preconceito reflete, sobretudo, nos diretórios partidários, que em sua esmagadora maioria é composta por homens, os quais, por muitas vezes não oferecem o devido apoio interno às candidaturas femininas. Partindo dessa premissa, a advogada Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, em entrevista à revista Justiça & Cidadania destacou:

“Destaco como principais obstáculos à ascensão política das mulheres a falta de democracia interna e a falta de espaço para as mulheres nos partidos políticos. O doutrinador português Vitalino Canas tem uma expressão ótima, ele fala que os partidos políticos são máquinas de triturar mulheres, e isso é verdade. O percentual de mulheres filiadas a partidos políticos é alto, o que afasta a premissa equivocada de que as mulheres não têm interesse, não têm vocação ou não gostam de política. No entanto, quando você chega à direção partidária, esse percentual é mínimo. Sob o ponto de vista partidário, as mulheres acabam ocupando espaços sem visibilidade, não têm apoio para

71 G1,Oliveira, Valasco. Clara, Leandro. **Nº de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml>>

candidaturas, não têm tempo na televisão, não têm dinheiro de campanha.”

Além desse déficit de incentivos partidários, outro importante problema que compromete a efetiva participação das mulheres nos espaços políticos, está nas candidaturas “laranjas”. Ao longo dos anos, percebeu-se que o número de mulheres candidatas disparou, em virtude das cotas e da obrigação do partido em cumpri-la. Ocorre que algumas mulheres não recebiam nem sequer o próprio voto.

Inspirados ou constringidos pelos novos entendimentos da Justiça Eleitoral, partidos passaram a se valer de uma fraude no cumprimento apenas formal da quota de gênero. As chapas traziam, numericamente, 30% de mulheres, mas isso não significava, na prática, que todas eram candidatas de verdade. Eram “candidaturas fictícias” ou “laranjas”, que emprestavam seu nome [...] mas não arrecadavam recursos, faziam propaganda ou gastavam valores. Não surpreendia que, ao final não tivessem votos. (GONÇALVES, 2018)

Não obstante, há de trazer à baila a importância da fiscalização por parte da Justiça Eleitoral, a qual tem agido veementemente no combate às fraudes. Exemplo disso foi o marco histórico do julgamento do primeiro processo de cassação e inelegibilidade, em virtude de “candidaturas laranjas” contra seis vereadores eleitos em 2016 no município de Valença-PI.

A ementa da respectiva decisão, que estabeleceu precedente para demais casos semelhantes, assentou que embora o objetivo prático do art. 10 §3º, da Lei 9.504/97 seja incentivar a presença feminina na política, a cota de 30% é de gênero, de modo que manter apenas o registro das candidatas também trata-se de uma afronta a norma. (Recurso Especial Eleitoral nº 19392, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 193, Data 04/10/2019, Página 105/107). Nesse trilhar, cumpre consignar a importância do julgado, tendo em vista que tais atitudes partidárias frustram a real efetivação da política de cotas e, conseqüentemente, o preceito de vivermos em um real Estado democrático de Direito.

Portanto, em última análise, consigna-se a necessidade de conscientização educacional na sociedade, para que a cultura do patriarcalismo, machismo e desigualdade seja reduzida, de forma a garantir a paridade de gênero entre homens e mulheres, sobretudo na esfera pública.

5 CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva, restou demonstrado o problema da baixa representatividade feminina na esfera do Poder Legislativo do Tocantins. Foi possível perceber que o caminho para uma igualdade material entre homens e mulheres trilha a passos lentos, sendo que enquanto coexistir um cenário de sub-representação não há que se falar em efetivação da democracia, no estrito sentido da palavra.

Refletindo sobre o tema, convém frisar que desde a consolidação do país como um Estado democrático de Direito, somente durante um mandato eletivo tivemos uma mulher

(Dilma Rousseff) à frente do poder executivo federal, sendo que no tocante ao Estado do Tocantins, este, por sua vez, ainda não teve uma mulher no cargo de governadora. Ademais, concernente a casa de leis do Estado, esta foi presidida por uma mulher pela primeira vez somente em 2019.

Diante do resultado dos dados analisados na presente pesquisa, restou demonstrado, portanto, que apesar das diversas normas, bem como projetos da Justiça Eleitoral, com o intuito de incentivar e inserir a participação efetiva das mulheres na política, embora tenha na eleição de 2018 aumentado, ainda é ínfimo o percentual de deputadas estaduais eleitas no Tocantins, se comparado com o número de homens.

Conclui-se, assim, que a aplicação das cotas, por si só, não garante a real efetivação do princípio da igualdade, ainda que a mulher represente mais da metade o eleitorado tocantinense, o número de eleitas não compreende nem o mínimo de 30% das cadeiras na Casa de Leis do Estado.

Por conseguinte, ante o expendido no teor dessa pesquisa, pôde-se perceber que os fatores históricos e culturais são os protagonistas desse cenário de sub-representatividade no País. Conforme aludido, para a reversão gradual desse quadro, o qual, diante dos dados apresentados ainda está distante de ser erradicado, é de suma importância, sobretudo, que a sociedade compreenda que “lugar de mulher é onde ela quiser”.

Conclui-se, assim, que é preciso que haja uma reconstrução de valores e princípios, de forma que a mulher conquiste também espaço na política, de maneira que a desigualdade de gênero seja veemente erradicada da sociedade e o número de eleitas no Estado tenha aumento significativo nas próximas eleições.

. REFERÊNCIAS

AYRES, Deborah Maria. **O direito à igualdade que discrimina**, 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3509/O-direito-a-igualdade-que-discrimina#:~:text=Para%20Arist%C3%B3teles%2C%20a%20igualdade%20consistia,finalidade%20de%20integrar%20a%20sociedade>> Acesso em: 13 de outubro de 2020.

BRASIL, **Constituição Federal de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em: 16 de setembro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Senado Federal; Câmara dos Deputados. **Mais mulheres na Política**: 2. ed. Brasília: Biblioteca do Senado, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/510155>>. Acesso em: 18 de junho de 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Eleitoral**. eleições 2016. vereadores. prefeito. vice-prefeito. ação de investigação judicial eleitoral (aije). art. 22 da lc 64/90.

fraude. cota de gênero. art. 10, § 3º, da lei 9.504/97. Relator Min. Jorge Mussi. Brasília. Data 04/10/2019. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 193, Página 105/107. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/>>. Acessado em: 15 de outubro de 2020.

ERIKA, Branco. **A participação feminina no processo eleitoral**. 2009. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-participacao-feminina-no-processo-eleitoral/>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

G1; OLIVEIRA, Valasco. Clara, Leandro. **Nº de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml>> Acesso em: 25 de setembro do 2020.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro**, 2001. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 3ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2018. Acesso em 16 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração em ação direta de inconstitucionalidade**. Constitucional e eleitoral. Extemporaneidade. Impugnação da decisão deduzida anteriormente à publicação do acórdão. Não conhecimento dos embargos. Precedentes. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, 3 de outubro de 2018. Acesso em 20 de setembro de 2020.

Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nº9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm> Acesso em: 13 de agosto de 2020.

Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm#:~:text=Altera%20as%20Leis%20n%20%20C%20BA,e%20incentivar%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20feminina>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm> Acesso em: 15 de junho de 2020.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil** / Teresa Cristina de Novaes Marques. – 2. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. Disponível em: <https://livraria.camara.leg.br/index.php?route=product/product&product_id=228>. Acesso em: 16 de setembro de 2020.

MASCHIO, Jane Justina. **Eficácia/ineficácia do sistema de cotas para as mulheres**, 2003. Disponível em: < http://apps.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/eficaciaineficacia-do-sistema-de-cotas-para-as-mulheres/indexefl.html?no_cache=1&cHash=41fd54251934e987a6a5aab11920f90c> Acesso em: 10 de outubro de 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. **TEORIA POLÍTICA FEMINISTA E LIBERALISMO: O caso das cotas de representação, 2000.** Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000300005&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em: 25 de setembro de 2020.

MODESTO. Yago. Primeira mulher a assumir a AL-TO, Luana quer mais dinamismo e celeridade na Casa de Leis, 2019. Disponível em: <<https://al.to.leg.br/noticia/gabinete/luana-ribeiro/7588/primeira-mulher-a-assumir-a-al-to-luana-quer-mais-dinamismo-e-celeridade-na-casa-de-leis>> Acesso em: 12 de agosto de 2020.

OLIVEIRA, Giovanni Campanha, **As ações afirmativas como efetivação do princípio da igualdade**, 2018. Disponível em: < <https://giocampanha.jusbrasil.com.br/artigos/690634200/as-acoes-afirmativas-como-efetivacao-do-principio-da-igualdade?ref=serp>>. Acesse em: 12 de outubro de 2020.

SÁ, Sérvula Isadora de Sousa. **A sub-representatividade na política e a Lei de Cotas. 2019.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-eleitoral/a-sub-representatividade-feminina-na-politica-e-a-lei-de-cotas/#_ftn1> Acesso em 16 de setembro de 2020.

Santos, G.L.C. D. **Direito Eleitoral, 3ª edição.** Grupo GEN, 2018. 9788597017540. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017540/>> Acesso em: 16 de setembro de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. **Tocantins tem 1.035.289 eleitores aptos a votar nas eleições 2020.** Disponível em: <<https://www.tre-to.jus.br/imprensa/noticias-tre-to/2020/Agosto/tocantins-tem-1-035-289-eleitores-aptos-a-votar-nas-eleicoes-2020>> Acesso em: 04 de novembro de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleições anteriores.** Disponível em <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores>> Acesso em: 12 de outubro de 2020.

TSE. Decisões do TSE reforçam iniciativas de incentivo à participação feminina na política, 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/decisoes-do-tse-reforcam-iniciativas-de-incentivo-a-participacao-feminina-na-politica>>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

TSE. Série Inclusão: a conquista do voto feminino no Brasil, 2013. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-a-conquista-do-voto-feminino-no-brasil>>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

DIREITO À SAÚDE: RESPONSABILIDADE DO ESTADO, INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO E OS REFLEXOS DA COVID-19.

KARINNE DE SOUSA MOURA ANDRADE:
Bacharelanda em Direito pela instituição de ensino Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Experiência profissional em direito civil e eleitoral. Estagiou na AGU-TO e TRE-TO.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO 72

(Orientador)

RESUMO: Falar em saúde é deparar com um direito social subjetivo positivado constitucionalmente, uma prestação primordial e insubstituível a fim de que o ser humano possa obter a mínima dignidade. No Brasil, o direito à saúde é ofertado pelo Sistema Único de Saúde – SUS e depende diretamente do auxílio estatal para de fato ser prestada de forma eficaz. Todavia, o cenário dessa prestação apresenta falhas que, conseqüentemente, refletem no processo de judicialização da saúde. O artigo tem como objetivo esclarecer o cenário do direito à saúde sob a ótica da responsabilidade do Estado; além de demonstrar o arcabouço principiológico e jurídico que norteia o tema em conjuntura com os nítidos desafios relativos as ferramentas de coordenação e de equilíbrio da saúde. Traçamos ainda, um paralelo com o percurso que vem sendo adotado judicialmente diante da pandemia da COVID-19 com base em análise bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Covid-19; direito à saúde; judicialização; responsabilidade do Estado.

ABSTRACT: Talking about health is facing a subjective social right constitutionally positivized, a primordial and irreplaceable service so that the human being can obtain the minimum dignity. In Brazil, the right to health is offered by the Unified Health System - SUS and depends directly on state aid to be effectively provided. However, the scenario of this provision has flaws that, consequently, reflect on the process of judicialization of health. The article aims to clarify the scenario of the right to health from the perspective of State responsibility; in addition to demonstrating the principle and legal framework that guides the theme in conjunction with the clear challenges related to the tools of coordination and balance of health. We also draw a parallel with the course that has been adopted in court in the face of the COVID-19 pandemic based on bibliographic and jurisprudential analysis.

Keywords: Covid-19; right to health; judicialization; state responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito à saúde. 3. Sistema Único de Saúde – SUS, implementação e desafios. 4. A Responsabilidade do Estado o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível. 5. A judicialização da saúde e os reflexos da COVID-19. 6. Conclusão. 7. Referências.

72 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília/DF e Professor da Faculdade Serra do Carmo – Palmas/TO.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, implementou um novo momento político-institucional no Brasil ao reafirmar o Estado Democrático e, em seu artigo 6º, definiu políticas de proteção social, no qual prevê um rol extenso de direitos sociais, entre eles, o direito à saúde classificado como um direito público subjetivo e fundamental que deve ser assegurado à todas as pessoas.

Ante a necessidade da prestação de forma eficaz, entra a figura do Estado, ator responsável por garanti-la mediante políticas sociais e econômicas conforme previsão legal.

Ocorre, que o dever de guarnição efetiva se contrapõe ao cenário do sistema público de saúde ainda precário. Tal problemática, acarreta, conseqüentemente, a deficiência no fornecimento de remédios e tratamentos aos hipossuficientes que recorrem a tutela do Estado.

Sucedem, em razão da preliminar negativa de prestação, a eclosão do fenômeno denominado “judicialização da saúde”, alternativa encontrada pelos que necessitam de remédios e tratamentos perante a incessante busca e preservação do direito à vida.

Diante desse panorama, e conseqüentemente aos inúmeros confrontos na esfera judicial, o presente artigo visa esclarecer a prestação do direito à saúde sob a ótica da responsabilidade do Estado, além de demonstrar o arcabouço principiológico e jurídico que norteia o tema em face aos desafios relativos as ferramentas de coordenação e de equilíbrio da saúde.

Ademais, conceitua o direito à saúde e o papel que deve ser desenvolvido pelo Estado na garantia do fornecimento efetivo e eficaz para a manutenção da vida.

A pesquisa, tem natureza descritiva e bibliográfica, enriquecida mediante a análise de julgados e jurisprudências, além da percepção de alguns doutrinadores e estudiosos, entre eles, Raphaela Karla de Toledo Solha, Alvaro Luis Ciarlini, Octavio Ferraz e Camila Daros Cardoso.

Desenvolve-se mediante a tradução de conceitos e posicionamentos, a fim de que o leitor possa esclarecer questões referentes a esse direito social, bem como a responsabilidade do Estado e os embates na esfera judicial.

O artigo, organiza-se em quatro capítulos. O primeiro, abordará o conceito de direito a saúde, enquanto, o segundo, delineará os princípios que orientam o guarnecimento da saúde com enfoque no Sistema Único de Saúde – SUS.

O terceiro capítulo, por sua vez, trará o viés da responsabilidade do Estado na garantia desse direito com uma análise principiológica ao mínimo existencial e aplicação da teoria da reserva do possível, e por fim, o quarto capítulo, que irá expor o procedimento de judicialização da saúde fazendo menção à pandemia da COVID-19.

2. O DIREITO À SAÚDE

Segundo o dicionário Aurélio (2020), a palavra saúde tem por significado o “estado do organismo que está em equilíbrio com o ambiente, mantendo as condições necessárias para dar continuidade à vida”.

A par disso, a busca desse estado de equilíbrio do organismo perpassa grupos sociais e gerações que sempre se empenharam em desenvolver fórmulas e misturas que auxiliassem na conservação do corpo. Especificadamente no Brasil, a título de exemplo, podemos arremessar a cultura indígena, que utilizam de ervas medicinais no cuidado de enfermidades, na figura dos pajés.

É evidente, com o processo de evolução social, que a saúde em si deixou de ser tratada como um cuidado individual e passou a ser estudada com mais afinco sob a intenção de desenvolver-se, garantindo força e rigor aos indivíduos que porventura estivessem fragilizados.

Todavia, falar em saúde implica em esbarrar diretamente no entendimento aclarado pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946):

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Delinear o direito a saúde é calcar um contexto mais amplo, no qual não diz respeito apenas na ausência de enfermidade, mas a conseqüente garantia da paz e segurança, mediante a cooperação do indivíduo e o Estado.

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 promoveu, além do direito à saúde a efetivação da educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, sob a inteligência do seu artigo 6º.

O rol dos direitos sociais, resguardam essencialidade e objetivam a conquista da efetivação e defesa da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, dos direitos humanos.

É inegável reconhecer que, ao ser dado à saúde a ótica social, a norma maior também acaba por afirmá-la como um “direito fundamental”, dimensionada como uma autêntica liberdade positiva de segunda dimensão e de aplicabilidade imediata, sob os termos do art. 5º, §1º da CRFB/88.

Esclarecendo, os direitos de segunda dimensão correspondem às liberdades positivas, cujo objetivo é reduzir as desigualdades entre as pessoas, mediante a aplicabilidade coletiva, sem distinção, para toda a sociedade.

O direito à saúde é amplo, entretanto, comunica-se com um fundamento ímpar da norma suprema, qual seja, o aclarado princípio da dignidade da pessoa humana, expresso art. 1º, III da CRFB/88, de modo que é incontestável se levar uma vida digna sem a garantia mínima de saúde.

A Constituição de 1988 ainda acrescenta o artigo 196, no qual explicita a tutela da saúde e a dependência do Direito Econômico para sua efetivação.

Segundo Magalhães (2008, p. 208-209) a saúde é um direito de todos e dever do Estado a ser prestada por meio de políticas sociais e econômicas que visem reduzir os riscos de doenças, através de um trabalho que relaciona tanto o ente público, como medidas sociais e econômicas adequadas, mediante a oferta de uma medicina tanto curativa e preventiva.

Dessa forma, sua implementação está atrelada ao desenvolvimento e ao resultado das políticas sociais e econômicas que minimizem os riscos de doenças, além de ser um direito social e individual de relevância pública.

A Lei 8.080/90 **de 19 de setembro de 1990**, que delibera sobre o Sistema Único de Saúde – SUS, vem de encaixe ao entendimento firmado do art. 196 da CFRB/88 ao regulamentar, em seu art. 2º, as obrigações referentes a saúde da população pelo Estado, que deve oferecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e os serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990).

Ainda, a mesma Lei, em seu art. 3º, parágrafo único, traz de forma indireta o conceito de saúde, ao afirmar que a saúde está interligada com ações que garantem condições de bem-estar físico, mental e social à coletividade, inclusive, assemelhando-se ao adotado pela Organização Mundial de Saúde – OMS.

Retomando à Constituição Federal, os artigos seguintes ao 196, quais sejam art. 197 a 200, apresenta a saúde como o resultado de políticas sociais e econômicas integradas a uma rede hierarquizada, denominada SUS, e inclusive a possível intervenção da iniciativa privada.

Não obstante a isso, a saúde também vem assegurada em outros documentos jurídicos, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificadamente no artigo 25 parágrafo 1º, na qual traz referências fazendo menção também ao bem-estar, demonstrando ser impossível a vida sem condições materiais mínimas condizentes com a dignidade da pessoa humana (Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris.).

Artigo 25, parágrafo 1º. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris.)

Depreende-se, pois, que o direito a saúde não está limitado somente a gozar da ausência de enfermidades, mas abrange um contexto de cuidados e prevenção mediante o auxílio de políticas sociais e econômicas envolvendo o fornecimento de medicamentos e tratamentos.

À vista disto, para que o ser humano obtenha a mínima dignidade, a saúde é prestação primordial por tratar-se de uma condição insubstituível para se resguardar um dos “bens” mais preciosos, qual seja, a vida, dependendo diretamente do auxílio estatal para de fato ser prestada de forma eficaz.

Logo, a valorização do direito à saúde tem sua importância vinculada ao essencial direito fundamental do homem, considerando que é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ, 2001, p. 52).

3. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS, IMPLEMENTAÇÃO E DESAFIOS

A Constituição Federal, ao mesmo tempo que retrata o direito social à saúde estabelece ao Estado a incumbência de sua promoção por intermédio de ações e serviços públicos para redução de doenças, bem como, seu acesso universal e igualitário.

Nesse cenário, encontra-se o Sistema Único de Saúde – SUS, uma importante instituição do direito sanitário brasileiro que proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde sem discriminação e com atenção integral, não somente aos cuidados assistenciais, mas, por toda a vida.

Seu foco está na saúde com qualidade de vida, sua prevenção e a promoção a todos os brasileiros. Na descrição apontada pelo Ministério da Saúde⁷³ engloba a atenção primária, média e de alta complexidade, além dos serviços de urgência e emergência, atenção hospitalar, ações de vigilâncias epidemiológica, sanitária, ambiental e assistência farmacêutica.

Em seu viés histórico, a criação do SUS traduz um legado das crenças democráticas e socialistas que surgiram por volta dos anos de 1980 no processo de redemocratização do Brasil, através da união dos partidos políticos progressistas e dos movimentos sociais e intelectuais de esquerda, impulsionados pelas vivências universalistas dos sistemas nacionais de saúde (FLEURY et al., 2007; RODRIGUEZ, 2003).

O sistema foi de fato regulamentado nos artigos 193 a 200 da CRFB/88 e na Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, com respaldo em alguns princípios, entre eles a universalidade, mediante a assistência a todos os brasileiros; a equidade por meio da oferta

⁷³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>> Acesso: 10 de agosto de 2020.

do serviço de acordo com a necessidade do cidadão; e, por fim, a integralidade com foco na prevenção de doenças, cura, reabilitação e promoção da saúde.

A Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, também resguarda o sistema dispondo sobre o controle social e o repasse de verbas aos municípios.

Imperioso expor que a implementação do Sistema Único de Saúde, no primeiro momento, não se deu de maneira uniforme no país. Apesar de estar na Constituição Federal, alguns municípios optaram por manter os sistemas locais o que resultou em impactos negativos, uma vez que, o financiamento do governo federal só acontece quando o município se submete a legislação que regulamenta o SUS.

Ainda sobre os desafios, podemos relatar, entre eles, os interesses político-partidários, com inclinação às políticas locais, a falta de profissionais, assistência e estrutura dos municípios, a prestação de serviços desarticulada e sucateada, longas filas de espera entre tantos outros obstáculos que interferem em sua eficiência.

Apesar dos pontos negativos, não seria justo deixar de lado conquistas relevantes, entre elas, a reorganização da rede de serviços de vigilância em saúde, a consolidação do controle de DST/Aids e a expansão dos programas de controle de tabaco e de imunizações que são, inclusive, referências internacionais.

Ainda, em uma comparação quantitativa positiva, segundo o Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa – IBGE⁷⁴, em 1970, o índice da mortalidade infantil era de 97,6 para cada mil nascidos, já em 2018, a mortalidade obteve uma queda de 12,4 a cada mil nascimentos.

Entretanto, o sucesso e as deficiências encontram, de certa forma, estrita ligação com a gestão (na esfera federal o Ministério da Saúde, na estadual o Secretário Estadual de Saúde, no município o Secretário Municipal de Saúde, e nos serviços os gerentes), que deve ser capaz de articular a melhor maneira de prestação do serviço, e é justamente nesse quesito que o sistema deixa a desejar.

O SUS é formado pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios, conforme determina a Constituição Federal, sendo que cada ente possui suas corresponsabilidades.

A gestão federal da saúde é realizada por intermédio do Ministério da Saúde, tendo como principal financiador o governo federal.

74 IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2018 Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3097/tcmb_2018.pdf> Acesso em: 03 de setembro de 2020.

O Ministério da Saúde realiza a aplicação de metade de todos os recursos gastos no país em saúde pública em todo o Brasil, e os estados e municípios, em geral, contribuem com a outra metade dos recursos.

Ademais, além de planejar, elaborar normas, avaliar e utilizar instrumentos para o controle do SUS, é responsável por formular as políticas nacionais de saúde que serão executadas por seus parceiros (estados, municípios, ONGs, fundações, empresas etc.).

Os estados, por sua vez, possuem secretarias específicas para a gestão de saúde e formulam suas próprias políticas. O gestor estadual, responsável pela organização do atendimento em seu território, deve aplicar recursos próprios, inclusive nos municípios, e os repassados pela União. Ele coordena e planeja o SUS em nível estadual, respeitando a normatização federal.

Por fim, os municípios são responsáveis pela execução das ações e serviços de saúde no âmbito do seu território. O gestor municipal deve aplicar recursos próprios e os repassados pela União e pelo estado.

Uma peculiaridade é que os municípios podem estabelecer parcerias com outros municípios, a fim de garantir o atendimento pleno de sua população para procedimentos de complexidade que estejam acima daqueles que pode oferecer.

Ora, o que se vê é um belo sistema no contexto teórico, contudo, como anteriormente mencionado, sofre obstáculos, principalmente orçamentário, que refletem diretamente na população.

Fazer o SUS, nos dizeres do art. 196 da CRFB/88, é pensar na saúde na sua visão da promoção (trabalhar as causas), proteção (trabalhar os riscos) e recuperação (trabalhar os agravos), no entanto, o subfinanciamento demonstra um empecilho a sua real efetividade.

Aqui, em uma ótica realista, ao analisar os direitos sociais como um todo, nota-se que seu principal problema fundamenta-se no princípio da efetividade, uma vez que, quanto mais são ampliados e consagrados formalmente, maior o risco que fiquem unicamente no papel, que é o caso da saúde.

Isto posto, muito ainda precisa ser feito, apesar de seus sucessos existe a necessidade urgente de se analisar as desigualdades geográficas persistentes, o financiamento insuficiente, e principalmente a má gestão, que somados, impossibilitam a implementação do sistema com a abrangência verdadeiramente necessária.

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Sob a inteligência de seus artigos 23 e 196, a CRFB/88 estabeleceu ser dever do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a promoção, proteção e recuperação da saúde.

De fato, segundo Castro, Lino e Vieira (2008, p. 104), apesar do legislador fazer menção ao Estado como o responsável pela saúde pública, a interpretação deve ser extensiva, visto que, não foi imposta apenas a esse, ao contrário, “utilizou-se a palavra ESTADO no intuito de englobar tanto os Estados-membros, quanto à União e o Município, vez que ambos têm o dever promover o bem estar social, garantindo educação, saúde e segurança a todos os cidadãos”.

Esclarecido o texto do artigo 196 da CRFB/88, imperioso mencionar também a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000 em que “acrescentando o § 2º ao art. 198, estabeleceu a obrigatoriedade da aplicação, anualmente, de recursos mínimos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em ações e serviços públicos de saúde” (BONTEMPO, 2005, p. 77).

Nesse viés, parte-se a análise da reponsabilidade do Estado, tida como solidária face a prestação dos serviços de saúde desde o critério primário, até os mais complexos.

No quesito fornecimento de medicamentos, Cardoso (2010) esclarece que, apesar de não possuir expressa previsão constitucional quanto a distribuição gratuita de medicamentos pelo Poder Público, cabe a esse o fornecimento dos fármacos à população, dado ser direito dos doentes receber o devido tratamento medicamentoso que advém do constitucional direito à saúde.

Nessa toada, compete ao Estado a distribuição à população dos remédios mais “seguros (que sabidamente não provocam danos), eficazes (fazem o que se propõem a fazer), efetivos (fazem o que se propõem a fazer quando utilizado pelas pessoas em condições reais) e custo-efetivos (fazem o que se propõe a fazer, em condições reais, ao menor custo)”(BARBERATO-FILHO; LOPES; MACEDO, 2011, p. 707).

Todavia, é de conhecimento geral que muitas vezes as pessoas que necessitam de tal amparo público, contem, na verdade, com a sorte para de fato serem resguardados por esse sistema, aqui reportando-se ao SUS.

As longas filas de espera, a falta de medicamentos ou a negativa direta da prestação, demonstram o descaso com a saúde que, como vem sendo exaustivamente frisado, é um direito fundamental e de estrita ligação com os direitos humanos.

Entre as inúmeras justificativas para a ineficiência da prestação do direito à saúde estão dois princípios, quais sejam: o mínimo existencial e a reserva do possível.

O princípio do mínimo existencial, nos dizeres de Pereira (2020), conceitua-se como um conjunto de bens indispensáveis, condições primárias para uma vida digna, derivando do princípio da dignidade da pessoa humana, possuindo caráter universal, titularizado por todas as pessoas naturais, independentemente de qualquer outra condição, não podendo o Estado escusar-se de sua obrigação.

Pereira (2020) ainda acrescenta que:

No Brasil, a noção de mínimo existencial foi usada pela primeira vez na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello. A medida discutia a constitucionalidade do veto presidencial na fixação das diretrizes de elaboração da lei orçamentária anual de 2004, entretanto deu-se a prejudicialidade da ação por perda do objeto.

Quanto ao que abrange o princípio do mínimo existencial, a jurisprudência brasileira do Superior Tribunal de Justiça (2010), mais especificadamente no REsp 1.185.474, Rel. Min. Humberto Martins, em um caso relacionado ao direito ao atendimento em creche e pré-escola, também deixou assentado:

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange, também, as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social.

No entanto, em contraponto ao entendimento firmado, está a teoria da reserva do possível, que surgiu no início dos anos de 1970, na Alemanha, e no entendimento de OHLAND (2010, p. 30), defendendo a “limitação dos direitos sociais a prestações materiais de acordo com as capacidades financeiras do Estado, vez que seriam financiados pelos cofres públicos”.

Desde então, associou-se à concretização dos direitos sociais mediante a real disponibilidade dos recursos públicos na seara da discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares e reduzidas ao orçamento público. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007; *in* SARLET; TIMM, 2008, p. 29).

No Brasil, desde a decisão monocrática na ADPF 45 proferida pelo Superior Tribunal Federal em 2004, Min. Celso de Mello, que se referiu ao instituto, a jurisprudência reporta com frequência a ideia de reserva de possível relativizando a sua relevância.

Entretanto, recentemente, o STF em 2015, no RE 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, emitiu notável decisão afirmando que a reserva do possível não pode ser invocada como obstáculo para imposição de obrigações de fazer pelo Poder Judiciário, concernentes a obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, voltadas à garantia da dignidade humana dos presos.

A reserva do possível, no contexto traçado por SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007), encontra em seu cerne fundamento em três pilares: a disponibilidade fática dos recursos, a disponibilidade jurídica e a proporcionalidade da prestação.

A escassez obriga o Estado, em algumas situações, a se deparar com verdadeiras escolhas trágicas, ao passo que, face as limitações de recursos para atender a múltiplas demandas, eleger-se prioridades entre as diversas necessidades e exigências legítimas.

Questiona-se aqui a aplicação do princípio ao contexto do fornecimento dos fármacos pelo Estado, dado que a teoria alemã se resguarda no minucioso estudo dos critérios, dentre eles o custo para os cofres públicos.

Pois bem, em um olhar crítico, tal princípio é visto como, na verdade, uma limitação aos direitos fundamentais, ao passo que, garante ao Estado uma avaliação do viés necessidade e possibilidade. Em outras palavras, seria escolher quem merece continuar vivendo e quem deve encerrar sua jornada.

No entanto, apesar da carência orçamentária, ligada também a má gestão ou a falta de políticas públicas, fazer com que prevaleça a reserva do possível sobre a tutela garantidora do direito à saúde, ou melhor, à manutenção da vida, não demonstra uma medida razoável e digna, afinal, cabe ao Poder Público viabilizar essa assistência da melhor forma, sob resultado de ferir diretamente o texto constitucional.

Ademais, segundo Cardoso (2010) em momento nenhum a Constituição limita o direito à saúde à falta de verbas, ao contrário, credita essa garantia a mais ampla e absoluta guarda.

O que se nota é de um lado o Estado valendo-se do princípio da reserva do possível e do outro, o indivíduo, buscando sua prestação efetiva com base no mínimo existencial.

Face a esse embate, há uma acirrada divergência quanto à aplicação ou não dos princípios no Brasil, mas uma percepção é certa, existe uma clara dificuldade no modelo assistencialista que na prática, ainda não obtém o mínimo de dignidade, e de outro lado um Estado que explora o cidadão com os tributos, e mesmo assim não possui reservas para cumprir o que promete.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS REFLEXOS DA COVID-19

A precariedade do Sistema Único de Saúde - SUS ofertado à população é um dos motivos que tem ocasionado, há um certo tempo, a chamada “judicialização da saúde”. Nos dizeres do professor Octávio Ferraz em entrevista concedida ao “Canal UM BRASIL”, a judicialização da saúde conceitua-se como “ações judiciais pleiteadas no judiciário contra o Estado com o intuito de alcançar algum tipo de serviço de saúde”.

Tal fenômeno emerge face a negativa de algum tratamento e, principalmente, a pressão para a incorporação de medicamento/procedimento, bem como, a deficiente prestação estatal na rede de serviços públicos, situações essas, consequências de uma “universalidade perfeita” propagada pelo SUS, tal qual uma falha estrutural e de gestão, tendo por desfecho a população demandando, a fim de ter seu direito tutelado.

Cardoso (2010) ressalta que a procura do judiciário para a concessão de medicamentos são cada vez mais corriqueiras, mostrando-se como um resultado da “deficiência do sistema de saúde proposto pelo Estado, que fornece apenas alguns medicamentos previamente listados, e, à baixa renda da maioria da população, que, com o avanço da medicina, não possui condições financeiras de buscar os melhores tratamentos para as suas doenças”.

Assim, dada a omissão e a inércia do Estado, principalmente no âmbito de pedidos – individuais e coletivos – de medicamentos, o Poder Judiciário ao ser acionado, assume uma postura, a fim de alcançar a efetivação dos direitos fundamentais, não podendo negar acesso aos cidadãos que batem à suas portas.

Um dos marcos da intervenção do Poder Judiciário foi a discussão, na primeira fase da judicialização, por volta dos anos 90, sobre o fornecimento de medicamentos aos portadores de HIV, no qual os debates envolviam se o judiciário poderia ou não intervir na atuação do poder público. Por não existirem na época políticas públicas, os juízes começaram a emitir respostas positivas, recebendo, somente, mais a frente uma proteção legal.

Nesse sentido de intervenção do judiciário, está o Enunciado 81 do Conselho Nacional de Justiça sobre o direito a saúde, afirmando que:

Caso o magistrado vislumbre a existência de considerável número de demandas individuais acerca de uma mesma matéria relativa ao direito de acesso à saúde pública, capaz de demonstrar uma ineficiência específica de atendimento, comunicará o fato ao gestor e aos conselhos de saúde para adoção de providências, bem como a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Comitês Executivos Estaduais/Distrital de Saúde.

Em um viés positivo, a judicialização da saúde possibilitou que caso as políticas públicas de saúde falhem, a intervenção do judiciário seria uma acelerada resposta por parte da esfera administrativa, na medida que, as ordens judiciais tiram os gestores e os órgãos técnicos da inércia.

Destarte os aspectos positivos, o fenômeno também vem marcado por uma ótica negativa. A medida que se cria um sistema paralelo de intervenção judicial ao sistema de saúde, percebe-se uma fragmentação em sua autonomia o que acarreta, as vezes, em uma análise mais pelo critério judicial, ou seja, quem tem uma ação, do que técnico, aquele cidadão que não tem um processo e aguarda a prestação nas filas.

Em um estudo realizado em 18 de julho de 2019 pelo INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa⁷⁵, foi observado que de 2009 a 2017, o número anual de processos na primeira instância da Justiça relativos à saúde no Brasil, praticamente triplicou. Em 2017, foram contabilizadas 95,7 mil demandas acerca de saúde que começaram a tramitar no Judiciário brasileiro.

Parte desses processos recai sobre tratamentos e fármacos não previstos pelas operadoras de saúde nem pelas políticas públicas, muitas vezes com alto custo para o erário

⁷⁵ Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER. **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União.** Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>> Acesso em: 1 de setembro de 2020.

e sem eficácia comprovada. Em um percentual, a pesquisa expôs, 70% dos acórdãos envolvem disputa por medicamentos enquanto 63% das decisões apontam órteses e próteses.

Um exemplo claro dos reflexos é o da União, que em 2016 teve que retirar R\$ 1,3 bilhões de outros programas para pagar a conta da judicialização, acrescentou o estudo.

A insuficiência de recursos sempre foi uma problemática, todavia, algumas demandas são egoístas aos critérios adotados pelo SUS, como exemplo as listas de medicamentos de eficácia comprovada, a indispensabilidade do fármaco ou tratamento, dentre outros.

Essa quebra de padronização e a escolha por uma logística individual, inclusive baseada também em um critério financeiro de quem pode custear um advogado face a quem está esperando na fila pelo tratamento e não possui uma demanda judicial, acaba por ser outro ponto negativo no processo de prestação proporcional e isonômica do sistema de saúde.

Não obstante às inúmeras demandas, até então em sua maioria envolvendo medicamentos, o mundo passa por uma avalanche ocasionada pela pandemia da COVID-19, na qual já refletem seus primeiros efeitos na seara da saúde pública.

De acordo com o Ministério da Saúde⁷⁶, a COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório.

No contexto de judicialização, antes do coronavírus, as demandas em grande frequência se davam de forma individualizada, no entanto, com a pandemia há uma descompressão e passa-se a um cenário de judicialização coletiva.

O professor Octávio Ferraz, na Webinar “Saúde, Justiça e Covid-19” promovida pelo Cana do Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, apontou que a desigualdade da saúde em uma situação de pandemia, no primeiro momento, emite uma sensação de nivelamento, uma vez que, fere a todos independentemente de classe ou etnia, contudo, na verdade, essas continuam e muitas vezes se acirram.

Acrescenta o professor que face à pandemia e as desigualdades, as classes pobres acabam por estar mais expostos à doença, mais vulneráveis aos seus efeitos e possuem maior

76 BRASIL. Ministério da Saúde. Sobre a doença. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>> Acesso em: 2 de setembro de 2020.

dificuldade em acessar o sistema público de saúde quando necessitam, ou seja, uma tripla desvantagem entre a classe dos mais pobres em relação àqueles que gozam de recursos.

No viés de acesso ao judiciário, o contexto da desigualdade econômica afeta não só a saúde mais também a justiça. Ferraz alude ainda que a justiça nesse contexto não possui um efeito nivelador, pelo contrário, ela produz ainda mais desigualdade, relacionando novamente com os mais pobres por sua dificuldade em ter acesso aos seus direitos.

Como a justiça pode agir nessa circunstância pandêmica a fim de amenizar as desigualdades, principalmente para as classes inferiores, é um questionamento caloroso e, consoante Ferraz, quanto a maior exposição e vulnerabilidade, o judiciário ainda não possui capacidade de intervir positivamente nessas questões sistêmicas que necessitam de políticas públicas contínuas e sustentadas.

Entretanto, quanto ao acesso à justiça e transmissibilidade, explana que teria uma ação mais esperançosa, a depender, claro, de como o judiciário lidará com as ações em que cheguem diretamente a justiça, entre elas, a judicialização de vagas de UTI, Equipamentos de Proteção Pessoal, medidas de proteção social contra à queda de renda, medidas contra aglomerações em prisões e fazendas etc.

Nesse sentido, algumas decisões já proferidas no contexto da COVID-19, apontam positivas respostas na seara da saúde. Em uma Ação Civil Pública⁷⁷ contra o Estado de Rondônia nos autos nº 7006487-56.2020.8.22.0007 foi determinado, em sede liminar, que o Estado de Rondônia, em um prazo máximo de 10 dias deveria fornecer os medicamentos para tratamento do novo coronavírus (COVID-19) em quantidade suficiente para abastecer, por 60 dias, os Hospitais Regional (HRC) e de Emergência e Urgência (HEURO) de Cacoal. Em breve, um trecho da decisão:

O que se postula nesta etapa destes autos é a concessão de liminar determinando ao Estado de Rondônia que promova e efetue a rápida, imediata, contratação de médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, fisioterapeutas, adquira equipamentos de proteção individuais, medicamentos e insumos para suprir todas as necessidades das unidades HOSPITAL REGIONAL DE CACOAL E HEURO - HOSPITAL DE EMERGÊNCIA E URGÊNCIA DE CACOAL, que absorvem as demandas de saúde da macrorregião 2 e em especial aquelas decorrentes da Covid 19.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia Cacoal. 4ª Vara Cível. Ação civil pública. **Processo nº 7006487-56.2020.8.22.0007** Autor: m. P. D. E. D. R., rua jamary 1555, rua jamary 1555 olaria - 76801-917 - porto velho – Rondônia, réu: estado de Rondônia, avenida dos imigrantes 3503, - de 3129 a 3587 - lado ímpar costa e silva - 76803-611 - Porto Velho – Rondônia. Relator Juiz Mario José Milani e Silva. Cacoal, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://pjepeg.tjro.jus.br/consulta/ConsultaPublica/listView.seam>> Acesso em: 17 de outubro de 2020.

Em outra liminar obtida pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DRPJ) e pelo Ministério Público do Estado (MPRJ), nos autos do processo nº 0092893-07.2020.8.19.0001, obrigou o governo do estado e a prefeitura do Rio a desbloquear e colocar, em efetiva operação, em até 10 dias, todos os leitos dos hospitais de campanha localizados no Maracanã e no Riocentro, criados na cidade para atender os pacientes do novo coronavírus. A decisão estabelece também o prazo de 48 horas para que estado e município desbloqueiem todos os leitos ociosos na rede pública de saúde da cidade.

Aufere-se que, ainda é incerto como a judicialização da saúde irá se portar em uma situação de pandemia e que frutos irá colher, entretanto, assim como uma pandemia pode gerar mudanças culturais, principalmente quanto a solidariedade e empatia, espera-se resultados decisórios positivos com respaldo na minimização das desigualdades.

A judicialização da saúde, como um todo, é uma incógnita quanto seu dosado uso, no entanto é melhor se agarrar ao fato de, mediante ao cenário da COVID-19, ser traçado um caminho correto de escolhas tanto do poder público como do judiciário, sob uma ótica de se reconhecer a necessidade de amenizar a desproporção e se alcançar um fim maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana e o bem comum.

6. CONCLUSÃO

Depreende-se do estudo realizado, que o direito à saúde elencado constitucionalmente entre os direitos sociais previstos no art. 6º, comunica-se diretamente com a conquista, efetivação, defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, sendo um direito fundamental de segunda dimensão com aplicabilidade coletiva, sem distinção, para toda a sociedade.

No que pese a intervenção estatal sob a inteligência do art. 196 da CRFB/88, observa-se como um dos marcos a implementação do Sistema Único de Saúde – SUS, importante instituição do direito sanitário brasileiro que proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde sem discriminação e com atenção integral, não somente aos cuidados assistenciais, mas, por toda a vida.

Todavia, ao passo que se propõem um programa de acesso universal, nota-se a ascensão de desafios e falhas. No cenário do SUS, é necessária uma análise sobre as desigualdades geográficas, o financiamento insuficiente, e principalmente a má gestão, que somados, são pontos que impossibilitam sua real abrangência.

Quanto à atuação do Estado, dois princípios são propostos para justificar a ineficiência da prestação do direito, sendo eles: o mínimo existencial e a reserva do possível. O primeiro, está atrelado à um conjunto de bens indispensáveis, condições primárias para uma vida digna, enquanto o segundo, traz uma fundamentação do Ente federativo com respaldo nos pilares da disponibilidade fática dos recursos a disponibilidade jurídica e a proporcionalidade da prestação.

No Brasil, nota-se uma divergência na aplicação desses princípios, contudo, no contexto da prestação do direito à saúde é evidente a dificuldade no modelo assistencialista, no qual de um lado não oferta, de fato, o mínimo de dignidade, e de outro, a figura do Estado

explorando o cidadão com os tributos, e mesmo assim não possui reservas para cumprir o que promete.

Diante das deficiências, surge como “válvula de escape” àqueles que lutam contra o tempo na manutenção da vida, o denominado fenômeno da “judicialização da saúde”, sob uma ótica de uma resposta mais célere, na medida que, as ordens judiciais tiram os gestores e os órgãos técnicos da inércia.

No entanto, a partir do momento que se cria um sistema paralelo de intervenção judicial ao sistema de saúde, percebe-se uma fragmentação em sua autonomia o que acarreta, as vezes, em uma análise mais pelo critério judicial, ou seja, quem tem uma ação, do que técnico, aquele cidadão que não tem um processo e aguarda a prestação nas filas.

Não obstante a isso, o contexto vivenciado pela COVID-19, intensificaram à procura do judiciário, que agora, com um olhar solidário, começa a traçar um caminho resolutivo face a um momento de fragilidade mundial.

A judicialização da saúde, como um todo, é uma incógnita quanto seu dosado uso, todavia, deve-se priorizar um equilíbrio tanto dos indivíduos que optem pela propositura de demandas, quanto do Estado na necessidade de reavaliação de sistemas garantidores, de modo que, possa-se salvaguardar os indivíduos e seu direito fundamental em total consonância com a dignidade da pessoa humana.

Ademais, na situação ocasionada pela COVID-19, o caminho à ser traçado e as melhores formas de intervenção tanto logisticamente, mediante a reorganização da prestação saúde pelo ente federativo, quanto do judiciário, deve ser sistematizado de modo a amenizar a desproporção e focar em um objetivo maior, qual seja, a preservação e garantia do direito à vida.

7. REFERÊNCIAS

3 Consequências da Judicialização da Saúde. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=9Yui8-2-iCU&ab_channel=GeorgeMarmelstein>

Acesso em: 1 setembro de 2020.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>

Acesso em: 10 de agosto de 2020.

ASSISTENCIALISMO: mínimo existencial x reserva do possível. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=sFEtkFXmyXA&ab_channel=JeanVilbert>

Acesso em: 30 de agosto de 2020.

Associação Brasileira de Planos de Saúde – Abramge. **Judicialização Da Saúde Em Tempos De Covid-19.** Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=W2guim7PD2k&ab_channel=Abramge-Associa%C3%A7%C3%A3oBrasileiradePlanosdeSa%C3%BAde>

Acesso em: 1 de setembro de 2020.

BARBERATO FILHO, Silvio; LOPES, Luciane Cruz; MACEDO, Eloisa Israel de. **Análise técnica para tomada de decisões do fornecimento de medicamentos pela via judicial.** *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 706-713, ago. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 40-41, abr./jun. 2009.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2005.

BORGES, D.L.C. **Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005.** Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Liminar fixa 10 dias para que todos os leitos dos hospitais de campanha entrem em efetiva operação.** Disponível em: <<https://coronavirus.rj.def.br/liminar-fixa-10-dias-para-que-todos-os-leitos-dos-hospitais-de-campanha-entrem-em-efetiva-operacao/>> Acesso em: 17 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 06 de julho de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sobre a doença.** Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>> Acesso em: 2 de setembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona.** Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>> Acesso: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona.** Disponível em: <<https://www.somosicev.com/blogs/sistema-unico-de-saude-sus-estrutura-principios-e-como-funciona/>> Acesso: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Rondônia. **Ministério Público consegue liminar para que Estado forneça medicamentos para tratamento de COVID-19 a hospitais de Cacoal.** Disponível em: <<https://www.mpro.mp.br/ca/noticia/-/ver-noticia/41711#.X4tLzNBKjIV>> Acesso em: 17 de outubro de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados Da I, II e III Jornadas De Direito Da Saúde Do Conselho Nacional De Justiça**. I jornada de direito da saúde. Disponível em: <https://www.espacovital.com.br/arquivos/1_36834_5c9dfdf588c27.pdf> Acesso em: 2 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **REsp 1.185.474**, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 20.04.2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>> Acesso em: 7 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ADPF 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 14 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592.581/RS**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 13.08.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>> Acesso em: 10 de setembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia Cacoal. 4ª Vara Cível. Ação civil pública. **Processo nº 7006487-56.2020.8.22.0007** Autor: m. P. D. E. D. R., rua jamary 1555, rua jamary 1555 olaria - 76801-917 - porto velho – rondônia, réu: estado de rondônia, avenida dos imigrantes 3503, - de 3129 a 3587 - lado ímpar costa e silva - 76803-611 - porto velho – rondônia. Relator Juiz Mario José Milani e Silva. Cacoal, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://pjepeg.tjro.jus.br/consulta/ConsultaPublica/listView.seam>> Acesso em: 17 de outubro de 2020.

Canal Drauzio Varella. **O SISTEMA #03 | O SUS por Drauzio Varella**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5x47imo5XEE&ab_channel=DrauzioVarella> Acesso dia 1 de setembro de 2020.

Canal INSPER. **Justiça, Saúde e Covid-19**. Webinar ministrada por Elize Massard da Fonseca e Octavio Luiz Motta Ferraz, cientistas sociais e pesquisadores na área da saúde pública, que discutiram diferentes aspectos das respostas à pandemia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8gEosWsKQWg&ab_channel=Insper> Acesso em: 1 de setembro de 2020.

Canal UM BRASIL. **Judicialização da saúde é catástrofe iminente, por Octávio Ferraz**. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qgdjAfxUUAs&ab_channel=CanalUMBRASIL> Acesso em: 30 de agosto de 2020.

CARDOSO, Camila Daros. **Ações de concessão judicial de medicamentos. Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2426, 31 de mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14609>>. Acesso em: 01 setembro de 2020.

CASTRO, José Nilo de; LINO, Graziela de Castro; VIEIRA, Karina Magalhães Castro. **Fornecimento gratuito de medicamentos pelo Município – Obrigatoriedade – Município em solidariedade com o Estado – Observância da Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90.** *Revista Brasileira de Direito Municipal*: RBDM, Belo Horizonte. v. 9. n. 29. 2008.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição** – São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197732/recent>> Acesso em: 13 de julho de 2020.

Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>> Acesso em 05 de julho de 2020.

COSTA, Juliana da. **Garantia e efetivação do direito fundamental social à saúde: o fornecimento de medicamentos através da judicialização.** Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/6201>> Acesso em: 8 de julho de 2020.

DA SILVA, Karina Zanin. **O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde.** *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2014 - ISSN 1677-64402. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3439>> Acesso em: 15 de abril de 2020.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. **Pesquisa em foco: Judicialização da saúde | Uma análise empírica do fenômeno.** Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/node/71963#:~:text=A%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20ganhou,para%20outros%20setores%20da%20sa%C3%BAde.>> Acesso em: 17 de outubro de 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Online de Português.** Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/saude/>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

FLEURY, S.; Bahia, L.; Amarante, P. **Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária.** Rio de Janeiro: Cebes, 2007.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2018 Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3097/tcmb_2018.pdf> Acesso em: 03 de setembro de 2020.

Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. **Decisões judiciais relacionadas à Covid-19 já somam 165 mil.** Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/decisoes-judiciais-relacionadas-a-covid-19-ja-somam-165-mil/>> Acesso em: 2 de setembro de 2020.

Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER. **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União.** Disponível em:

<<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>> Acesso em: 1 de setembro de 2020.

LEITE, Davi Lyra. **O real problema do SUS não é falta de dinheiro.** Disponível em:

<<https://mercadopopular.org/politica/o-real-problema-do-sus-nao-e-falta-de-dinheiro/>> Acesso dia 1 de setembro de 2020.

MAGALHAES, José Luiz Quadro. **Direito Constitucional.** Curso de Direitos Fundamentais. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008. p.208-209.

MALLMANN, Eduarda. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado.** Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-e-do-Estado>> Acesso em: 30 de agosto de 2020.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S.G. **Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo.** Brasil. Rev. Saúde Pública, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lucia de Moura (Org.). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde.** Rio de Janeiro:

EPSJV/FIOCRUZ, 2007. p. 61-80. Disponível em:

<<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/his-37596>> Acesso em 7 de setembro de 2020.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos.** v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/277122684_A_responsabilidade_solidaria_dos_entes_da_Federacao_no_fornecimento_de_medicamentos> Acesso em: 10 de agosto de 2020.

PEREIRA, Aline Ribeiro (2020). **Saiba mais sobre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.** Disponível em:

<<https://www.aurum.com.br/blog/minimo-existencial/#:~:text=M%C3%ADnimo%20existencial%20%C3%A9%20o%20conjunto,do%20Estado%20e%20da%20sociedade.>> Acesso em: 10 de agosto de 2020.

RIBEIRO, Cláudia Rodrigues. **A Responsabilidade dos Entes Públicos no Fornecimento de Medicamentos e o Princípio da Reserva do Possível.** Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/ClaudiaRodriguesRibeiro.pdf> Acesso em: 20 de maio de 2020.

RICCI, Milena Mara da Silva. **Direito à saúde: considerações a respeito do fornecimento de medicamentos pela via judicial.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília v2, n1, p. 115-123, jan/jul 2012. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1658>> Acesso em: 20 de maio de 2020.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.

ROMERO, L.C. **Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008 (Textos para discussão 41). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/96829>> Acesso em: 6 de setembro de 2020.

SANT'ANA, J.M.B. **Essencialidade e Assistência Farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no estado do Rio de Janeiro**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2449>> Acesso em: 6 de setembro de 2020.

SARLET, I., & FIGUEIREDO, M. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), 171-213. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>> Acesso em: 10 de agosto de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. **Sistema Único de Saúde: componentes, diretrizes e políticas públicas**. 1 ed. – São Paulo: Érica, 2014.

SOUZA, Francisca Nayane da Silva. **Inflexões Na Política Pública De Saúde E Propriedade Intelectual: O Acesso Aos Medicamentos Antirretrovirais No Brasil**. Revista DIREITO UFMS, Campo Grande, MS, v. 1, n. 2, p. 55 – 71, jan./jun. 2016. Disponível em: < DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v1i2.693> >. Acesso em: 18 de março de 2020.

VENTURA, M. et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext#:~:text=O%20processo%20judicial%2C%20individual%20e,para%20medicamentos%20e%20procedimentos%20m%C3%A9dicos.> Acesso em: 10 de agosto de 2020.

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI, P. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**. Rev. Saúde Pública, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

AMANDA HENRIQUES DE OLIVEIRA ROCHA BESSA

RESUMO: O presente artigo tem o mote de demonstrar os princípios que norteiam o Direito do Trabalho e sua importância para a construção, comportamento e molde das relações de emprego.

Palavras-chave: Princípios; Normas; Direito do Trabalho.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito e noções gerais do direito do trabalho. 3. Conceito de Princípios. Os Princípios do Direito do Trabalho. 3.1 Princípio da proteção. 3.2 Princípio da aplicação da fonte jurídica mais favorável. 3.3 Princípio da condição mais benéfica. 3.4. Princípio do *in dubio pro misero*. 3.5 Princípio da imperatividade das normas trabalhistas. 3.6. Princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. 3.7. Princípio da primazia da realidade dos fatos. 3.8. Princípio da continuidade da relação de emprego. 4. Princípios gerais do direito. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, faz-se uma reflexão acerca da aplicação dos princípios no âmbito Direito do Trabalho, trazendo, inicialmente, noções básicas deste ramo do Direito.

Posteriormente, conceitua-se princípios, os quais passam a ser analisados individualmente, para a correta compreensão da incidência de cada um deles neste ramo Especializado.

2. CONCEITO E NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Direito do Trabalho, segundo Mauricio Godinho Delgado, é o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial de suas associações coletivas.

O que difere o Direito do Trabalho do Direito Civil é precipuamente o tratamento diferenciado dispensado ao empregado, em virtude do reconhecimento da sua posição de hipossuficiência frente ao empregador, em decorrência da natureza salarial do objeto contratual.

Em que pese a grande quantidade de normas cogentes, voltadas ao equilíbrio contratual, o Direito do Trabalho é ramo do direito privado, que regula a relação de emprego e outras a ela equiparadas, tanto no campo individual quanto no coletivo.

Ademais, o reconhecimento da precarização geral das relações de trabalho e a tentativa constante de reduzir os custos da prestação de serviços fizeram com que a

competência da Justiça do Trabalho alargasse com a EC 45/2004. Este aumento está associado, portanto, ao aumento da exploração do trabalho, o que atrai a proteção desse ramo especializado do Poder Judiciário, razão pela qual se faz imperioso o estudo dos princípios aplicáveis no seu âmbito de atuação.

3. CONCEITO DE PRINCÍPIOS. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de adentrar na temática dos princípios, faz-se necessário traçar uma distinção teórica entre os princípios e as regras.

A partir do reconhecimento da força normativa dos princípios, que passaram a ser vistos como espécie do gênero “norma”, juntamente com as regras, os princípios assumiram posição de grande relevância na aplicação do Direito como um todo.

Segundo Robert Alexy, princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, são normas que exigem que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Diferem-se das regras, portanto, que sempre devem ser satisfeitas ou não (lógica do “tudo ou nada”).

Uma segunda diferença que vai decorrer da distinção entre princípios e regras é a natureza das razões. Enquanto os princípios fornecem razões “prima facie”, as regras fornecem razões definitivas.

As razões “prima facie” são aquelas que podem ser afastadas por outras razões de peso maior.

Nesse sentido, o princípio, como comando de otimização, sujeita-se a circunstâncias fáticas e jurídicas, segundo as quais pode ser que haja a prevalência de um grupo de princípios sobre outro.

Por sua vez, as regras fornecem razões definitivas para as decisões. As razões de uma regra são consideradas “decisivas” (Peczenik) por serem conclusivas para se chegar a uma determinada solução.

Assim, diferentemente do que ocorre no conflito entre regras, a colisão de princípios é resolvida por meio do sopesamento, vale dizer, pela dimensão da importância, de maneira que, quanto maior o grau de afetação ou de não satisfação de um determinado princípio, maior deve ser o grau de satisfação do princípio oposto.

Essa noção ajuda a compreender todas as situações em que há prevalência de um princípio em detrimento de outro, principalmente, aqui, na Justiça do Trabalho, tendo em vista a sua natureza de justiça especializada dotada de princípios que lhes são próprios e peculiares em relação aos demais ramos do Direito.

3.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O Direito do Trabalho tem como base o princípio da proteção, do qual defluem todos os demais.

Este princípio, base do Ordenamento Trabalhista, está ligado à ideia de igualdade material. Por meio dele, se reconhece que, na relação de trabalho, há uma parte vulnerável, hipossuficiente, em relação à outra e que, justamente por isso, não consegue impor a sua vontade com a mesma força que a parte contraposta.

Nesse sentido, é a lição do magistrado do trabalho Luciano Martinez⁷⁸:

Há relações jurídicas em que os sujeitos estão em postura de igualdade substancial e, conseqüentemente, em posição de equivalência contratual. Diante dessas relações, a atuação estatal esperada é exatamente a de não privilegiar um contratante em detrimento de outro. Esse figurino contratual, entretanto, não pode ser conservado quando evidente a dessemelhança de forças ou de oportunidades entre os sujeitos das relações contratuais.

Em tais hipóteses, cabe ao Estado criar mecanismos de proteção aos vulneráveis, sob pena de compactuar com a exploração do mais forte sobre o mais fraco. Como bem detectou o professor Luiz de Pinho Pedreira, “o motivo dessa proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco”.

No entendimento da desembargadora Vólia Bomfim⁷⁹:

O princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes. Dessa forma, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais. Estas formarão a estrutura basilar de todo o contrato de emprego.

Dessa forma, é conferido tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Trata-se, como dito alhures, de manifestação do princípio da igualdade substantiva ou proporcional em aplicação específica para o Direito do Trabalho.

Américo Plá Rodrigues divide o princípio da proteção em três regras, as quais são consideradas por outros doutrinadores, como princípios autônomos: norma mais favorável,

⁷⁸ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

⁷⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 185.

condição mais benéfica e *in dubio pro misero*. Já para Godinho, o princípio abrange todos os outros do Direito do Trabalho.

3.2 PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO DA FONTE JURÍDICA MAIS FAVORÁVEL

O princípio da aplicação da fonte jurídica mais favorável é aplicável nos casos em que há conflito de normas. Vale dizer, quando há mais de uma norma trabalhista válida aplicável ao caso concreto, deve-se sempre optar pela norma mais favorável ao trabalhador.

O Direito do Trabalho, afinal, surgiu com o objetivo de assegurar o mínimo necessário à manutenção da dignidade, para concretizar os direitos humanos, não permitindo que haja retrocessos.

Tal princípio está positivado no art. 620 da CLT, segundo o qual condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo.

Desta maneira, a norma mais favorável figura no topo da pirâmide normativa. Contudo, para isso, é necessário que ela tenha validade. A norma não pode, por exemplo, contrariar a Constituição.

Apesar da aparente facilidade, dispõe Martinez⁸⁰ que:

[...] há uma dúvida que atormenta os juslaboralistas: dentre as várias fontes com vigência simultânea, qual seria a mais favorável ao trabalhador?

Para obter essa resposta, consoante mencionado no primeiro capítulo dessa obra, o aplicador do direito deve orientar-se em conformidade com um dos seguintes métodos de determinação da fonte mais favorável: a acumulação/atomística, o conglobamento/incindibilidade ou o conglobamento por institutos.

Segundo a teoria do conglobamento, que é a majoritária, para verificar qual a norma mais favorável, deve-se analisar o conjunto das normas, de maneira a preservar o caráter sistêmico do direito.

Para essa teoria, a análise de meros excertos de normas quebraria não apenas a sistemática do direito, como também o espírito da negociação coletiva, que envolve concessões mútuas.

A segunda teoria é a “atomística” ou “da acumulação”. Ela defende que se deve analisar item por item de cada norma e selecionar o que há de melhor em cada uma. Tal teoria

⁸⁰ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

quebra a sistemática do direito e o espírito da negociação coletiva, além de surpreender o empregador. Ademais, a proteção excessiva, ao criar um ambiente de direitos em demasia aos empregados, pode ser prejudicial, resultando em sua dispensa.

Já a teoria dos institutos, da incindibilidade dos institutos, da acumulação por institutos, do conglobamento por matéria ou intermediária, defende que as normas devem ser comparadas com relação a cada instituto isoladamente. Compara-se o instituto salário, o instituto duração do trabalho e assim por diante.

Além dessas teorias, há duas mais recentes:

A teoria da adequação, mais recente, sustenta que, assim como no âmbito das normas heterônomas, há normas coletivas que são gerais e outras que são específicas. Dessa maneira, da mesma forma que a lei especial não derroga a geral e vice-versa, isso também deveria ser aplicado à negociação coletiva.

Nesse sentido, a convenção coletiva seria norma geral, aplicável a toda a categoria, enquanto o acordo coletivo seria norma específica, adequando a realidade da convenção por empresa. O acordo, assim, seria aplicável apenas com relação à matéria específica sobre a qual versa, aplicando-se às demais a convenção.

Por fim, a teoria do aspecto cronológico utiliza do momento social e político para determinar a norma que deve ser aplicada, defendendo que a norma coletiva mais recente deve ser a aplicada. Essa é a mais frágil das teorias.

3.3 PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA

A relação de trabalho é de trato sucessivo, se estende no tempo, e os direitos conquistados pelo trabalhador em seu curso não podem ser ulteriormente suprimidos.

É neste cenário que atua o princípio da condição mais benéfica, relacionando-se com as ideias de preservação de direito adquirido e de incorporação de direitos.

Há, para os direitos trabalhistas, três bases jurídicas essenciais: uma primária, caracterizada pelos direitos mínimos assegurados por lei; uma secundária, composta pelos direitos previstos em normas coletivas, sobre as quais deve se fundar a livre pactuação entre empregado e empregador, que é a base jurídica terciária.

No que se refere à base jurídica primária, o princípio da condição mais benéfica não se aplica. Isso porque a mudança de normas heterônomas estatais, se válida, aplica-se aos trabalhadores, ainda que os prejudique. A norma alterada passa a regular a relação a partir de sua entrada em vigor, tendo efeito imediato e não retroativo. Então, os direitos assegurados por lei, pela Constituição, ou, inclusive, por sentença normativa ficam condicionados à vigência da fonte formal que os prevê.

Diferentemente, quanto à base jurídica terciária, segundo o art. 444, as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo

quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

No que concerne às normas coletivas, base jurídica secundária, que têm prazo de vigência de, no máximo, dois anos, há três teorias:

Para a primeira teoria, da incorporação ou da aderência total, a norma coletiva que cria um direito sempre se torna direito adquirido do trabalhador, incorporando-se ao seu contrato de trabalho e devendo ser assegurado independentemente de ultrapassado o seu prazo de vigência. Essa teoria utiliza como fundamento o art. 468 da CLT⁸¹, que veda alterações contratuais lesivas, e as Súmulas 5182 e 28883 do TST.

É importante pontuar, porém, que o art. 468 não se aplica a normas coletivas, mas sim a cláusulas firmadas entre empregado e empregador. Às normas coletivas, aplica-se o art. 619⁸⁴. Assim, os direitos previstos em normas coletivas assemelham-se aos decorrentes da base primária, vale dizer, são imperativos, cogentes, independem da vontade de empregado e

81 Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

82 TST Enunciado nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973 - **Incorporada** a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Cláusula Regulamentar - Vantagem Anterior

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

83 TST Enunciado nº 288 - Res. 21/1988, DJ 18.03.1988 - **Mantida** - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Complementação dos Proventos da Aposentadoria

A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

84 Art. 619. Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contraria normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito.

empregador e, não podendo ser tratados como direitos puramente contratuais, de modo que a eles não se aplica a ideia de incorporação.

Com fulcro nos arts. 9º e 619 da CLT, qualquer ato praticado em contrariedade à base jurídica primária ou secundária, respectivamente, é nulo de pleno direito⁸⁵. Dessa maneira, observa-se que a lesão a direito de proteção mínima tem a mesma consequência que a lesão a direito previsto em norma coletiva. Já no que concerne aos direitos livremente pactuados no âmbito da relação individual, a proteção é mais branda. Nesse sentido, de acordo com o art. 468 da CLT, o empregador pode alterar as cláusulas, por mútuo consentimento, e desde que não haja prejuízo ao empregado, sob pena de nulidade.

Segundo a teoria da não incorporação ou da vigência, por sua vez, os direitos previstos em norma coletiva apenas são aplicáveis durante seu prazo de vigência, não se incorporando ao contrato de trabalho. Essa teoria foi adotada até 27/09/2012 pela Súmula 277 do TST. Isso porque o referido verbete passou por uma das alterações realizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) durante a II Semana do TST e, a partir desta data, entrou em vigor a nova redação da Súmula nº 277, segundo a qual as normas estabelecidas nas negociações coletivas de trabalho se incorporam aos contratos individuais de trabalho, projetando-se no tempo, ainda que contenham prazo estipulado de vigência, devendo ser respeitadas e aplicadas mesmo depois do término da vigência da norma coletiva e, somente através de um novo acordo ou convenção coletiva, poderão ser modificadas ou suprimidas.

Essa concepção tem como principal pilar o princípio da ultratividade das normas coletivas, pelo qual as condições mais favoráveis estabelecidas por convenção ou acordo coletivo de trabalho incorporam-se aos contratos de trabalho dos empregados e não podem mais ser suprimidas.

Com isso, deixou-se de aplicar a teoria da não incorporação ou da vigência para adotar a teoria da aderência condicionada ou da ultratividade. Tal teoria era adotada pela Lei n. 8.542, foi revogada pela Súmula 277, II, do TST e voltou a vigorar com a alteração dessa mesma súmula. Eis a sua redação atual, *in verbis*:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na s na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e

⁸⁵ **Art. 9º** Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Ocorre que, por meio da ADPF 323, decidiu o STF, em sede liminar, pela suspensão da aplicação da referida súmula, voltando a situação anterior, ou seja, a não aderência da regra coletiva ao contrato individual, e portanto a não obrigatoriedade de sua aplicação quando terminada a vigência de tal norma. Tal feito não foi ainda julgado em seu mérito, no entanto, nova legislação foi promulgada, agora com diretriz específica sobre a ultratividade.

Isso porque, em novembro de 2017, entrou em vigor a reforma trabalhista, que, em seu artigo 614, teve alterado seu parágrafo 3º, que passa a vedar expressamente a aplicação da ultratividade da norma.

Dessa forma, a ultratividade deixa de ser aplicada por força de lei, e, portanto, a rigor, neste momento, voltam as regras convencionais a ter validade no prazo de sua vigência, que por força de lei é de no máximo de 2 anos não aderindo ao contrato de trabalho.

3.4. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO MISERO*

A primeira observação a ser feita acerca desse princípio refere-se à sua aplicação.

O princípio do *in dubio pro misero*, em verdade, aplica-se à interpretação de normas e não nos casos de dúvidas no julgamento de casos concretos. Nestes casos, devem-se aplicar as regras do ônus da prova.

Nesse sentido, se uma norma puder ser interpretada de mais de uma forma, deve prevalecer a interpretação que confira mais direitos ao trabalhador. Observe que esse princípio também não se confunde com o princípio da norma mais favorável; O primeiro aplica-se quando uma norma comporta mais de uma interpretação; O segundo, quando há mais de uma norma trabalhista válida aplicável ao caso concreto.

Isso se dá em decorrência do princípio da proteção, norte das normas trabalhistas.

Esse entendimento encontra respaldo, inclusive, no Tribunal Superior do Trabalho, que tem utilizado o princípio para adotar interpretações mais favoráveis ao empregado. É o caso, por exemplo, do art. 71, § 4º, da CLT, que trata do intervalo sem esclarecer se o seu pagamento tem natureza indenizatória ou salarial, bem como se o pagamento deve ser integral ou apenas da parcela não fruída.

3.5 PRINCÍPIO DA IMPERATIVIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho é composto, sobretudo, por normas cogentes, vale dizer, que não podem ser derogadas pela vontade das partes. Isso ocorre em decorrência da sua natureza de ordem pública. A finalidade do referido ramo do Direito é, a partir do reconhecimento da hipossuficiência de uma das partes em face da outra, na relação jurídica travada, conferir uma igualdade substancial e não meramente formal como alhures.

Com carga imperativa, as normas trabalhistas representam verdadeira limitação à autonomia da vontade, com o intuito de proteger garantias fundamentais dos trabalhadores em face do desequilíbrio entre as partes.

Süssekind classifica essas normas imperativas de duas formas. Para ele, existem as impositivas ou proibitivas, que não conferem margem de atuação às partes (ex: assinatura da CTPS); e as complementares, que estabelecem apenas o mínimo, podendo ser complementadas, desde que de forma mais favorável ao trabalhador (ex: adicional de horas extras de 50%).

Seja pelas normas impositivas, seja pelas complementares, pode-se dizer que o contrato de trabalho cumpre importante função social, que pode ser vista sob dois aspectos: intrínseco, correspondente ao equilíbrio entre as partes; e extrínseco relacionado aos benefícios que o contrato acarreta à sociedade.

É justamente essa função social que o contrato de trabalho tem a cumprir que determina o dirigismo contratual.

3.6 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE OU DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

O termo “indisponibilidade” é mais apropriado do que “irrenunciabilidade”, visto que abrange não apenas a renúncia, como o último, mas também qualquer outro ato de disposição de direitos trabalhistas.

A renúncia é instituto de direito material que se caracteriza por ser um ato unilateral de extinção do direito, praticado pelo seu titular, que assim manifesta sua vontade. Não se confunde, pois, com a desistência, que é instituto de direito processual, o qual não importa na extinção do direito, mas tão somente de determinada demanda.

A indisponibilidade, além de abranger a renúncia, abarca também a hipótese de transação, que consiste em concessões recíprocas para evitar ou por fim ao litígio. Esse instituto, diferentemente da renúncia, pressupõe bilateralidade, dúvida sobre a titularidade do direito (litígio ou iminência de litígio) e livre vontade das partes.

Como visto, a transação implica na disposição parcial de ambas as partes para se chegar a um acordo. Logo, ela não deve ser confundida com a composição, que tem o objetivo de definir de quem é cada direito, não havendo ato de disposição.

Feitas as devidas distinções, parte-se para a análise do princípio propriamente dito. O princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade dos direitos trabalhistas é consequência do princípio da imperatividade.

Os direitos trabalhistas previstos em normas cogentes são irrenunciáveis, não podendo, em regra, ser objeto de negociação entre as partes. A CF, contudo, indica três pontos passíveis de flexibilização: redução salarial (art. 7º, VI), compensação de horários e redução da jornada (art. 7º, XIII) e jornada superior a 6h no trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV). Apesar disso, a flexibilização deve ser interpretada de forma

restritiva, apenas de acordo com as hipóteses expressamente previstas pelo ordenamento. Observe que se a renúncia fosse possível, certamente, a opressão exercida pelo empregador faria com que o empregado, hipossuficiente, renunciasse a tudo.

Assim, todas as normas que compõem o conteúdo mínimo dos contratos, em decorrência da sua função social e, conseqüentemente, da limitação da autonomia da vontade, têm carga de ordem pública.

Com efeito, segundo o art. 2.035, parágrafo único, do CC, nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Assim, há, como regra, indisponibilidade absoluta dos direitos previstos em normas cogentes e indisponibilidade relativa dos direitos previstos contratualmente, os quais podem ser alterados, desde que haja mútuo consentimento e não haja prejuízo. Representam exceção os direitos previstos contratualmente por excepcional interesse obreiro.

3.7 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE DOS FATOS

O princípio da primazia da realidade dos fatos, como o próprio nome sugere, é aplicado nos casos em que há uma distinção entre a previsão formal do que foi pactuado e o que ocorreu na realidade.

Segundo esse princípio, nesses casos, deve prevalecer, para o Direito do Trabalho, o que ocorre na prática.

O princípio da primazia da realidade é também decorrência do princípio da proteção. Disso, decorre que ele também não pode ser alegado pelo empregador em prejuízo do empregado, mas apenas por este em prejuízo daquele.

Não obstante tal entendimento, não se deve confundir: em que pese a empresa não poder alegar o princípio da primazia da realidade dos fatos, é possível a alegação por meio desta dos vícios de consentimento, tais como dolo, simulação, dentre outros.

3.8 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O princípio da continuidade da relação de emprego surgiu em virtude do reconhecimento da natureza alimentar das verbas trabalhistas, pela qual dificilmente partirá do obreiro a iniciativa pelo rompimento da relação contratual. Assim, presume-se que o término do contrato se deu em virtude de dispensa, visto que interessa ao empregado a sua manutenção.

Com o objetivo de dar segurança ao ser humano e evitar a sua exploração, assegurando um mínimo de dignidade, por este princípio, os contratos de trabalho, como regra, não têm prazo determinado.

Nesse sentido, segundo o art. 7º, I, da CF, é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros.

Essa previsão acarreta em uma proteção indireta, portanto, contra a dispensa sem justa causa, tornando-a mais onerosa ao empregador, de modo a desestimulá-la e garantir amparo ao empregado dispensado.

Com efeito, para que os contratos de trabalho sejam celebrados com prazo determinado, é necessária previsão legal específica, uma vez que, reitere-se, se presume que os contratos de trabalho têm prazo indeterminado.

Ademais, é justamente pela existência desse princípio que existem momentos no contrato de trabalho, em que ele é mantido, ainda que o trabalhador não preste serviços, como no caso das interrupções e suspensões no contrato de trabalho.

Além disso, o princípio da continuidade da relação de emprego é, também, fundamento das modificações do contrato de trabalho, desde que benéficas; da proteção indireta contra dispensa sem justa causa; e da sucessão trabalhista, permanecendo íntegros os contratos mesmo com a mudança do empregador.

Por fim, ancorada na concepção de que interessa ao obreiro a manutenção do contrato de emprego, há uma distribuição diferenciada do ônus da prova do motivo da dispensa, em razão desta presunção favorável ao empregado, decorrente do princípio da continuidade.

De acordo com a Súmula 212 do TST, o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e a dispensa, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Assim, se o empregado provar que prestava serviços, presume-se o caráter indeterminado da relação de emprego e seu término por dispensa.

4. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Além dos princípios específicos vistos acima, também são aplicáveis ao Direito do Trabalho os princípios gerais do direito, como o da lealdade e o da boa-fé.

O princípio da lealdade emana da necessidade de se ter uma conduta moral e ética nas relações; Está relacionado ao princípio da boa-fé, do qual decorrem os deveres anexos de conduta, a exemplo do de transparência, de informação, dentre outros. No entendimento de Luciano Martinez⁸⁶:

Operando sobre o plano dos princípios e sobre a própria lei, a boa-fé é exigida, como dever acessório, na formação dos contratos e protegida durante o transcurso dos ajustes já formados. Por força dela cada um dos sujeitos de uma relação jurídica deve oferecer

⁸⁶ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

informação, ampla e irrestrita, sobre os detalhes do negócio a ser praticado ou do ato jurídico que está em desenvolvimento. Alguns desses detalhes podem ser extremamente relevantes a ponto de influenciar a celebração do ajuste ou a continuidade executiva do negócio. Os parceiros contratuais, segundo o princípio da boa-fé, devem atuar com confidencialidade, com respeito, com lealdade e com mútua cooperação.

Além do princípio da lealdade e o da boa-fé, grande norte não só do Direito do Trabalho, mas do ordenamento jurídico como um todo, reflete também na seara trabalhista o princípio da vedação ao abuso de direito, decorrente da vedação da dispensa fundada em discriminação, bem como, a partir dele, pode-se defender a proibição de vedações abusivas, as quais podem ser formas de se perseguir o empregado.

Por fim, aplicam-se, também, ao Direito do Trabalho os princípios da não alegação da própria torpeza, da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. CONCLUSÃO

A partir da adoção do Estado Democrático de Direito, em 1988, pela Constituição da República Federativa do Brasil, e do Neoconstitucionalismo, fala-se na supremacia da constituição e na força normativa dos princípios, os quais, ao lado das regras, compõem a gênero norma jurídica, e, portanto, devem ser observados por toda a sociedade e aplicadores do Direito, como parâmetro de validade de todas as normas infraconstitucionais.

Assim, o presente trabalho procurou mostrar que a aplicação dos princípios é de salutar importância, sobretudo no Direito do Trabalho, a partir do reconhecimento da precarização geral das relações de trabalho e da tentativa constante de reduzir os custos da prestação de serviços, nesta relação jurídica fortemente marcada pela hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador, em decorrência da natureza salarial do objeto contratual.

O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E A SUA APLICAÇÃO NA COBRANÇA EXCLUSIVA SOBRE OS MEDICAMENTOS

KÁSSIA LOPES DE PONTES:
Graduando(a) do Curso de Direito do
Centro Universitário CEUNI-
FAMETRO.

RESUMO: O Direito Tributário é o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o Fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie. Este trabalho tem como objetivo observar se o princípio da Seletividade em conjunto com o princípio da Capacidade Contributiva Tributária, é aplicado de forma eficaz na cobrança dos medicamentos. Foi utilizado o método dedutivo, a partir de uma observação sistemática, abrangendo pesquisas bibliográficas e documentação oficial. Concluiu-se, que, de fato, o princípio da Seletividade ele não é aplicado de forma eficaz na prática.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Seletividade. Princípio da Capacidade Contributiva Tributária.

ABSTRACT: Tax law is the branch of law that deals with the relationship between the tax authorities and people subject to tax charges of any kind. This work aims to observe if the principle of Selectivity together with the principle of Tax Contributory Capacity, is applied effectively in the collection of medicines. The deductive method was used, based on systematic observation, covering bibliographic research and official documentation. It was concluded that, in fact, the principle of Selectivity is not applied effectively in practice.

KEYWORDS: Principle of Selectivity. Principle of Tax Contributory Capacity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 Direito Tributário. 2.2 Isonomia Tributária. 2.3 Capacidade Contributiva. 2.4 Seletividade. 2.5 Entrelaçamento dos Princípios da Seletividade e Capacidade Contributiva. 2.6 Seletividade e Capacidade Contributiva Aplicada aos Medicamentos. 2.7 Jurisprudências e Normas Legais sobre o Tema. 2.8 Tratamento Seletivo na Cobrança de Tributivos sobre os Medicamentos. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Em muitos países há isenção sobre a tributação de medicamentos, por ser considerado um produto essencial para a população, porém, o Brasil possui a maior carga tributária nesse ramo, como mostra o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). Em remédios importados, todos esses tributos representam cerca de 33,87% no valor final, já em medicamentos nacionais possuem 30% de taxas sobre o preço final, o que torna o Brasil com a maior incidência tributária do mundo. Ressalta-se, ainda, que cada região possui pequenas variações de alíquotas em relação a tributação (Cavalli; Viana, 2016).

No varejo farmacêutico, quem acaba pagando a alta carga tributária é o consumidor final, o que dificulta, na maioria das vezes, o acesso dessas pessoas aos medicamentos, além de diminuir a adesão de tratamentos. E dentro Direito Tributário, é interessante pontuar a importância deste ramo para o Estado Democrático de Direito do qual vivemos, explicando e/ou demonstrando a importância destes conceitos axiológicos dentro da atualidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base a análise de doutrinas e jurisprudências que versam sobre esses assuntos.

Este trabalho tem como finalidade verificar se o princípio da Seletividade em conjunto com o princípio da Capacidade Contributiva Tributária é aplicado de forma eficaz na cobrança dos medicamentos na prática.

2 DESENVOLVIMENTO

Foi utilizado o método dedutivo, a partir de um conjunto de observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias, além de documentação oficial.

Para esse fim, este trabalho realizou as devidas análises dos pontos que fossem importantes para o entendimento claro e objetivo do assunto.

2.1 DIREITO TRIBUTÁRIO

Para Sabbag, (2017, p. 34) o Estado necessita, em sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura, disponibilizando ao cidadão-contribuinte os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas. Assim, para que o Estado capte os seus recursos materiais, ou seja, recursos para uso do estado, é necessária a positivação de regras que disciplinem e coordenem como será feita esta percepção de recursos, assim, sendo vital, por meio de uma ciência jurídica chamada Direito Tributário.

O Direito Tributário é um ramo independente do Direito, o qual possui diversas previsões das mais variadas maneiras. Todavia, a definição que mais se aproxima do intuito deste trabalho é o conceito definido por Machado (2012,51); “Direito Tributário é o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o Fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.”

Nesse sentido, vale a pena elucidar que o Direito Tributário está internamente e externamente conectado com o interesse público, haja vista que esta seara envolve diretamente o Fisco (Administração Pública) e o cidadão comum (coletividade geral).

Desta maneira, para efeitos de melhor explicação do assunto, é essencial dissertar que, quando se encontra presente o interesse público, a respectiva área do direito faz parte do Direito Público.

Comentando esta temática, não pode deixar de falar que, o Direito Pátrio Brasileiro se divide em 2 (dois): a) Direito Público e b) Direito Privado.

No que se atém ao item “A”, o interesse público é a regra que é observada pelo Direito Público de uma forma geral, e se consuma pela observância, pelo Poder Público, de direitos e princípios celebrados nas leis e na Constituição Federal.

Entrando mais no assunto, o Direito Público nos termos do que diz Alexandre, 2017, tem 2 (dois) valores axiológicos fundamentais: a) supremacia do interesse público sobre o privado e b) indisponibilidade do interesse público.

Dessa maneira, no estudo do primeiro objeto, verifica-se, que nas relações jurídicas de natureza tributária, existe inicialmente, um lado existente ocupado pelo Estado (Ente Tributante), que tem como uma de suas funções principais o cumprimento de fins públicos para a coletividade, e na outra parte, há o particular (Tributado), que está, na maioria das vezes, tentando defender seus interesses individuais.

Não obstante, como o Estado simboliza o interesse público na sua integralidade, é de suma relevância que o mesmo esteja numa situação de verticalidade sob o particular, a significar, na prática, que o Estado deve ter prerrogativas e vantagens sobre o particular.

Vale a pena ressaltar, que o contrário também ocorre, pois, de acordo com a previsão da matéria de Direito Tributário feita acima, o Estado tem a obrigação de proteger o cidadão, seja limitando o seu próprio poder de tributar ou mesmo de evitar abusos no uso dessas prerrogativas.

No que se atém ao segundo item, o Estado, como entidade tributante, deve ter como uma de suas missões propiciar o bem comum, dessa forma, o mesmo não pode ponderar ou até mesmo praticar atos que possam ir contra a sua finalidade.

Exemplificando, se houver um crédito tributário em questão, e há do lado “A” um fiscal de tributos, e do lado “B”, o particular, não poderá esse crédito ser relativizado ou perdoado, pois, o crédito tributário é parte do patrimônio público, e assim, é indisponível a sua relativização pelo lado “A”

Entretanto, é importante destacar, que é possível a concessão do perdão de tributos por meio da lei, fato este possível, pois, quem concede o perdão não é o agente público e sim o próprio Estado, ou por via do princípio democrático, ou seja, pelo próprio povo.

Em relação ao item “B”, a regra que deve ser contemplada pelo Direito Privado é a predominância de indivíduos presentes na relação jurídica.

Avançando neste tema, no Direito Privado, como se trata de uma relação que é feita entre particulares, conceitos como a livre manifestação das partes, a liberdade contratual e a igualdade entre as partes, são importantes pois, permitem que estes indivíduos cheguem num termo que convenham aos 2 (dois), por isso, é possível falar que existe a disponibilidade nos interesses dos particulares, pois assim, é possível chegar num acordo que satisfaça as 2 (duas) partes da relação jurídica.

Por fim, o Direito Tributário como parte integral do Direito Público tem o poder-dever de editar os princípios fundamentais e criar as normas e regras da arrecadação dos tributos,

bem como da sua fiscalização, e assim, podendo se concluir que a finalidade desse ramo do Direito Brasileiro é garantir o bem social da coletividade, usando a arrecadação dos tributos como meio para tal.

2.2 ISONOMIA TRIBUTÁRIA

Em primeiro lugar, é de suma prioridade iniciar dissertando que este conceito advém diretamente do conceito de Isonomia previsto no art. 5º, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

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.

Porém, tendo em consideração a magnitude da importância no ordenamento jurídico brasileiro, a própria Carta Magna de 1988 decidiu ratificá-la mais uma vez, contudo, dessa vez sendo na seara do campo fiscal, logo, nascendo a Igualdade ou Isonomia Tributária.

Por seu turno, ela tem sua previsão no art. 150, II, da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Vale a pena inteirar, que o Princípio da Isonomia Tributária também pode ser chamado de Princípio da proibição dos privilégios odiosos.

Aprofundando-se mais no assunto, o autor Sabbag (2017), explana qual é a precípua função desse princípio/norma na atualidade: “Trata-se de postulado específico que veda o tratamento tributário desigual a contribuintes que se encontrem em situação de equivalência ou equipolência.”

Em vista disso, observa-se, que é defesa a discriminação injustificada na hora em que é realizado o recolhimento de tributos, e ainda mais, é interessante relatar que no plano social, essa conceituação é utilizada como verdadeiro escudo garantidor, contra as injustas discriminações em função de classe ou condição social do cidadão contribuinte.

Todavia, do texto legal que manifesta a existência da Isonomia Tributária na seara fiscal, de acordo com o que foi mostrado acima, o ordenamento jurídico por meio da Jurisprudência disserta que a mesma é um “postulado vazio”, expressão utilizada pelo STF (RE 423.768, rel Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 1/12/2010), isto é, ela acaba por necessitar de um conteúdo axiológico de outros valores, tais como a liberdade e a justiça tributária, desta

forma, cabe ao Poder Judiciário, como ente que detém a função precípua de julgar, apreciar no caso concreto, se a norma que foi instituída faz jus a liberdade e justiça, no âmbito fiscal.

Além do mais, depois da definição desse item, podemos certificar que a Isonomia possui 2 (duas) vertentes: a) horizontal e b) vertical, segundo a doutrina de Alexandre (2017).

- a) A vertente horizontal faz alusão as pessoas que se encontram numa mesma situação, e assim, por fim, devem ser tratadas de formas iguais. Exemplificando, pode se falar na situação em que os tributados tenham o mesmo salário e o mesmo gasto, neste caso, eles deverão pagar a mesma alíquota no que se refere ao imposto de renda.
- b) A acepção vertical faz menção a situação em que as pessoas (contribuintes) se encontram em ocasiões circunstanciais distintas e, por causa dessa diferenciação, as mesmas devem ser tratadas de forma diferenciada na medida em que se diferenciam. Por exemplo, Alexandre (2017, 142) disserta que, “como consequência e a título de exemplo, haveria inconstitucionalidade (por omissão) se a lei do imposto de renda não previsse as chamadas deduções da base de cálculo do imposto (saúde, educação, dependentes), pois a inexistência das deduções redundaria num tratamento idêntico dispensado a pessoas em situações claramente distintas”.

Em resumo, as 2 (duas) vertentes do conceito de Isonomia fazem citação de forma direta com as previsões doutrinárias de Igualdade Formal e Material.

A Igualdade Formal faz conexão direta com a acepção horizontal, significando dizer que todos devem ser tratados de maneira igual, independentemente da sua situação. A Igualdade Material, ela faz menção a compreensão vertical, pois, ela busca tratar de forma desigual os que se encontram em condições desiguais, na medida e proporção de suas desigualdades.

Neste enquadramento, se vislumbra um problema, como se deve fazer para empreender a devida discriminação na maneira para se tratar desigualmente os desiguais, nessa missão, Machado (2018) aparece para nos apresentar a resposta: “O critério de discriminação, no caso, usado para tratar desigualmente os desiguais, não será a capacidade contributiva (que até pode ser a mesma), mas o caráter nocivo ou poluente da atividade exercida.”

Logo, a Isonomia, no âmbito tributário, tem como uma de suas funções principais, impedir na forma da lei, que seja dado tratamento diferenciado a contribuintes que se encontrem em situação equivalente ou, nos ditames do que já foi exposto, tratar de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Diante de todo o exposto e para méritos do objeto desse trabalho, é de sumo merecimento relatar, que, tal qual a importância da Isonomia/Igualdade Tributária no nosso ordenamento, é discorrer, conforme Mazza (2018) leciona, que dele advém 3 (três) importantíssimos desdobramentos, ou seja, conceituações que derivam da norma isonômica, sejam elas: a) a regra da irrelevância da capacidade civil para fins tributários, b) princípio da Pecúnia Non Olet e c) Princípio da Capacidade Contributiva.

Por conseguinte, como os itens “A e B” não fazem parte do objeto deste trabalho, os mesmos não serão comentados, todavia, em relação ao item “C”, ele será devidamente trabalhado abaixo.

2.3 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Em matéria de tributação, a capacidade contributiva é a principal medida de desigualdade a ser levada em consideração para a atribuição de tratamento diferenciado às pessoas.

Assim, convém dizer, que, embora esse princípio tenha sua essência na Isonomia/Igualdade Tributária, com ele não se confunde, por isso, efetuando a devida diferenciação, o Princípio da Capacidade Contributiva, conforme diz Mazza (2018): “é um comando dirigido ao legislador obrigando que todos os tributos sejam graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.

Devido a sua grande importância, o mesmo está insculpido no §1º, do art. 145, da Constituição Federal:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 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.“

Do estudo do artigo acima, verifica-se que a possibilidade da graduação, deve ser feita levando-se em conta os impostos que tenham caráter pessoal, como também, que façam a devida correspondência a capacidade de contribuição do tributado.

Assim, deve-se dizer que a graduação dos tributos pode, como deve, ser feita tanto de uma forma mais acentuada para aqueles que podem contribuir mais, como de forma menos acentuada, para aqueles que podem contribuir menos.

Nessa toada, em relação a graduação, temos como exemplo o que nos diz Alexandre (2017): “Assim, a imposição constitucional de progressividade do imposto de renda é exemplo de regra teologicamente (finalisticamente) ligada aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia”.

Malgrado, esses não são os únicos meios de graduação que existem no nosso ordenamento, com isso dito, Mazza (2018) nos elucida, em quais são os meios de exteriorização de concretização da capacidade contributiva: “a) progressividade; b) proporcionalidade e c) seletividade.

Relacionando o item “A”, a progressividade faz menção inteiramente ao que já foi falado acima, isto é, ao aspecto quantitativo, se tributa mais, para quem se cobrar mais e, se tributa menos, para quem deve se cobrar menos.

No que se diz ao item “B”, a proporcionalidade faz pertinência a técnica de incidência de alíquotas fixas, em razão de bases de cálculo variáveis, o que acaba por se traduzir em que se relativiza à situação pessoal do contribuinte, todos, independentemente da sua situação, pagarão o mesmo valor do tributo.

No que se fala ao item “C”, tema conectado a este projeto de pesquisa, a seletividade é técnica de incidência que varia na razão inversa da essencialidade do bem.

Isto é, para forma de exemplificação deste item, tem-se o clássico exemplo do cigarro, pois, como o mesmo é produto que traz malefícios e prejuízos tanto para a sociedade quanto para a Administração Pública no que se refere a gastos em saúde pública, a sua carga tributária, por consequência, deve ser maior do que em relação a outras mercadorias.

Numa colocação oposta, temos a situação da cesta básica de alimentos, pois, como ela é um item indispensável a sociedade, a carga tributária que deverá ser aplicada vai ser menor do que em relação a outros tipos de produtos ou bens.

Deste jeito, a conceituação de Justiça Tributária que está insculpido diretamente no princípio da Capacidade Contributiva, foi reafirmado no RE 423.768, em que o Relator Marco Aurélio afirmou que:

O §1º do art. 145 possui cunho social da maior valia, tendo como objetivo único, sem limitação do alcance do que nele está contido, o estabelecimento de uma gradação que promova justiça tributária, onerando os que tenham maior capacidade para pagamento do imposto.

Por fim, a Capacidade Contributiva como princípio que adveio da Isonomia e ganhou a devida importância na nossa Constituição, é parte importantíssima para uma cobrança mais isonômica de tributos, tendo em vista a situação, nem sempre tão favorável, dos contribuintes neste país.

2.4 SELETIVIDADE

|A Seletividade é um princípio fiscal constitucional que é utilizado como medida de atendimento à capacidade contributiva dos cidadãos, mostrando desta forma, que ele visa respeitar e privilegiar outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais, bem como do caráter essencial dos produtos e serviços tributados.

Desta maneira, o princípio da Seletividade é responsável por efetivar, como bem diz Sabbag, 2017, o postulado da Capacidade Contributiva, pois, ele graduará as alíquotas de determinados produtos, haja vista a sua essencialidade.

Ou seja, o princípio acima tem como missão, de forma simples, confirmar ou não a essencialidade de produtos, mercadorias ou serviços, nos termos do que diz Mazza (2018).

Continuando, o princípio da Seletividade encontra a sua fundamentação na Constituição Federal de 1988, mais exatamente nos art. 153, §3º, inc. I e art. 155, §º3, inc. II:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Entrando mais no assunto no que consiste a essencialidade, ela pode ser definida como um mecanismo que visa prestigiar a utilidade social de determinado bem, podendo ela ser de natureza negativa ou positiva para a sociedade.

Sabbag (2017) também discorre que a essencialidade também pode ser definida como técnica de incidência de alíquotas que varia na razão inversa da essencialidade de determinado bem.

Exemplificando a questão acima, se determinado item é considerado essencial para a coletividade, a sua carga tributária deverá ser menor, como por exemplo, nos remédios e na cesta básica e, se o produto for considerado não essencial ou supérfluo, a sua carga tributária deverá ser maior, neste caso, por exemplo, nos cigarros e bebidas alcoólicas.

Ademais, ainda neste assunto, a diferenciação nas alíquotas pode ser feita de 3 (três) formas: 1) necessárias a sobrevivência (alíquotas menores); 2) úteis, mas não necessários (alíquotas moderadas); 3) produtos de luxo (alíquotas significativas).

Prosseguindo no tema, é importante discorrer que na prática ela é empregada atualmente em 2 (dois) tributos indiretos, sendo eles o ICMS e IPI.

Em relação a estes 2 (dois) impostos, é notável comentar que há diferenças nos seus regimes de seletividade. Isso porque no tema do ICMS a Constituição preceitua que o mesmo poderá ser seletivo, isto é, o legislador tem a discricionariedade de graduar as alíquotas segundo a essencialidade.

No caso do IPI, a Constituição Federal afirma que ele será seletivo, então, inexistente a possibilidade de exclusão da Seletividade.

Logo, este princípio tem como finalidade graduar a carga tributária de determinado produto, mercadoria ou serviço, haja vista, que se for essencial, a sua carga tributária deverá ser menor, porque atende uma maior parcela da sociedade e, no outro caso, se for considerado supérfluo, a carga tributária deverá ser maior, pois, uma minoria da população tem acesso a este item.

2.5 ENTRELAÇAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

É importante minuciar sobre a conexão que existe entre os princípios da Seletividade e Capacidade Contributiva. e reafirmar que o Princípio da Seletividade é uma das formas de exteriorização do Princípio da Capacidade Contributiva.

Ou seja, o Princípio da Capacidade Contributiva, como já dito nos tópicos acima, é um valor axiológico responsável por obrigar que todos os tributos sejam graduados conforme a capacidade econômica do tributado.

Porém, esta não é a única forma existente da exteriorização do princípio acima que visa beneficiar o tributado, tais sejam eles: a) progressividade; b) proporcionalidade e c) seletividade, como os itens “a e b” não fazem menção a este tema, pularemos a explicação que já foi dada.

Assim, a seletividade é, resumidamente, uma técnica de incidência que varia na razão inversa da essencialidade do bem, e é usada, exclusivamente nos impostos: IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) e ICMS (Impostos sobre Circulação de Mercadoria e Serviços).

Portanto, pode se definir, que o princípio da Seletividade nada mais é do que uma forma de aplicação especial da Capacidade Contributiva na cobrança relativa ao IPI e ICMS.

2.6 SELETIVIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA APLICADA AOS MEDICAMENTOS

Em princípio, pode se comentar que os fármacos, usualmente chamados de medicamentos, assumem relevância notável na sociedade, tendo em vista que a sua finalidade é a de prevenir, curar e aliviar doenças que acometem a coletividade geral.

Posto isto, demonstrada a magnitude que os medicamentos exercem na sociedade, é importante destacar que mesmo que haja mecanismos legais, tais quais o uso da seletividade no tocante na tributação do IPI e ICMS, para beneficiarem na diminuição da carga tributária sobre os medicamentos, não é assim que acontece atualmente, tendo em vista que o Brasil é um dos países com as maiores taxações de impostos sobre os fármacos.

Contudo, é importante destacar que pode se ver na prática, o uso da Seletividade, haja vista que a incidência do IPI, imposto esse que é obrigado a observar a essencialidade do bem, é zero.

2.7 JURISPRUDÊNCIAS E NORMAS LEGAIS SOBRE O TEMA

Primeiramente, o entendimento das cortes estaduais é no sentido de que é legítima a aplicação dos princípios da Seletividade e da Capacidade Contributiva para tributação mais específica no que se concerne a taxaço dos medicamentos.

Exemplificando a seguinte questão:

"Tributário. Pis. Cofins. Venda de Medicamentos. Tributação Monofásica. lei nº 10.147/2000. alíquota zero. compensação/restituição. correção monetária. honorários advocatícios. custas. (Apelação Cível nº 1689 SC 2002.72.01.001689-5)"

Continuando, no que se toca a norma legal sobre o tema, temos o Decreto de nº 6.426, de 7 de Abril de 2008, que dispõe sobre a redução para 0 (zero) as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP para produtos farmacêuticos que irão ser importados para o Brasil, conforme determinação legal abaixo:

“Art.2º—Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, incidentes sobre a operação de importação dos produtos farmacêuticos classificados, na NCM:

I - na posição 30.01;

II - nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1 e 3002.20.2;

III - nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92 e 3002.90.99;

IV - na posição 30.03, exceto no código 3003.90.56;

V - na posição 30.04, exceto no código 3004.90.46;

VI - no código 3005.10.10;

VII - nos itens 3006.30.1 e 3006.30.2; e

VIII - no código 3006.60.00.”

Desta forma, pode se concluir que a jurisprudência pátria e o decreto citado acima adotam o entendimento de que são necessárias medidas de redução, ou até mesmo a exclusão, de alguma das várias espécies tributárias que recaiam sobre os medicamentos.

2.8 TRATAMENTO SELETIVO NA COBRANÇA DE TRIBUTOS SOBRE OS MEDICAMENTOS

Resumidamente, o debate a ser feito, é que deve haver uma diferenciação mais benéfica na tributação sobre os fármacos, tendo em vista, a sua relevância para a população geral.

Desse modo, como meio de ratificação do ponto de vista acima, este trabalho se pautou em explicar a conexão entre os conceitos que permeiam a possibilidade da tributação mais exclusiva.

Em suma, é viável dizer que com a correta aplicação dos princípios da Seletividade e da Capacidade Contributiva Tributária, é possível um tratamento mais justo na hora da cobrança de tributos sobre medicamentos.

3 CONCLUSÃO

Em síntese, na visão deste trabalho, é totalmente viável e de suma importância a aplicação de uma taxa mais justa, no que se concerne aos impostos sobre os medicamentos, haja vista a sua finalidade perante a coletividade e para o bem comum.

Observou-se que, os princípios da capacidade contributiva e da seletividade não são aplicados de forma eficaz na prática em relação aos medicamentos. E talvez, isso ocorra pela falta de organização e fiscalização das autoridades competentes. Diante disso, o ordenamento jurídico brasileiro estaria, de forma ilegal, favorecendo a queda da qualidade de vida do seu povo, e impondo uma carga tributária excessiva sobre itens considerados essenciais, e isso dificulta, na maioria das vezes, o acesso de pessoas aos medicamentos, além de diminuir a adesão de tratamentos. Prejudicando principalmente aqueles que necessitam de medicamentos de forma contínua para melhorar a sua qualidade de vida. Sendo que, o Princípio Seletividade seria um mecanismo que auxilia e privilegia uma boa qualidade de vida da sociedade e do bem comum.

4 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo, Direito Tributário, 11º Edição, Salvador, Ed. Juspodium, 2017

ANDRADE, Camila. O Que se entende por princípio da seletividade? Revista Eletrônica Jus Brasil, 2008 (Acessado em 10/10/2020, às 12:00 am)

CAVALLI, Fernanda; VIANA, Murilo. Carga tributária de remédios do Brasil é a maior do mundo. 2016. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br> (Acessado em 24/11/2020).

ISMAIL, Salomão. Uma definição de interesse público e a priorização de direitos fundamentais. Consultor Jurídico – Conjur, 2016 (Acessado em 10/10/2020, às 12:00 am)

MACHADO, Hugo de Brito, Manual de Direito Tributário, 10ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2018.

MAZZA, Alexandre, Manual de Direito Tributário, 4º Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2018

MOLINA, Danilo. Estudo aponta impostos que mais oneram preço de produtos da saúde. Portal ANVISA, 2016. (Acessado em 10/10/2020, às 12:00 am)

SABBAG, Eduardo, Direito Tributário Essencial, 6ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Método, 2018

SABBAG, Eduardo, Manual de Direito Tributário, 9º Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2017

SIMÕES, Ricardo. A análise da aplicação do princípio da seletividade ao imposto sobre operação de circulação de mercadoria e serviço – ICMS. Revista Eletrônica Jus Brasil, 2017 (Acessado em 10/10/2020, às 12:00 am)

O REEXAME NECESSÁRIO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

DANIEL CARVALHO OLIVEIRA:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Analista Judiciário do TRT da 9ª Região.

RESUMO: O artigo trata das influências que os princípios constitucionais exercem sobre o instituto do reexame necessário demonstrando que este tem por fim a garantia de direitos fundamentais inerentes à Fazenda Pública.

Palavras-chave: Influências. Princípios Constitucionais. Reexame Necessário.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da Isonomia; 3. Da duração razoável do processo; 4. Do devido processo legal; 5. Do acesso à justiça; 6. Do princípio da confiança e da boa-fé objetiva; 7. Conclusão e 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versará sobre as influências da Constituição Federal, mormente dos princípios constitucionais para o surgimento e consolidação do instituto jurídico do reexame necessário.

O referido tema está afeto à interconexão entre os valores constitucionais e os privilégios garantidos à Fazenda Pública, haja vista o seu patamar de prestígio no ordenamento jurídico vigente.

O artigo terá como parâmetro um estudo exploratório descritivo aliado à revisão bibliográfica. Por meio de proposições enunciativas específicas, de análise da legislação e de pesquisas bibliográficas, pretende-se demonstrar de que maneira os princípios constitucionais estão intimamente ligados ao reexame necessário.

2. DA ISONOMIA

O estudo sobre o reexame necessário está intrinsecamente ligado ao princípio da isonomia. Isso porque este princípio, insculpido no art. 5º, *caput*, da *Lex Major* de 1988, é a pedra de toque para análise da constitucionalidade do aludido instituto processual.

Por meio dele, poderá o intérprete inferir se uma distinção entre o particular e o ente público decorrente da remessa obrigatória seria uma violação da regra de que todos são iguais perante a lei ou, ao contrário, seria uma reafirmação da isonomia, ao igualar os desiguais.

Segundo o doutrinador Nelson Nery Junior, o princípio da isonomia deve ser observado não somente sobre o ponto de vista formal, mas também sob a perspectiva material. Dessa forma, o citado jurista delinea o conteúdo do aludido princípio:

A CF 5º caput e I estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125 I teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.⁸⁷

Com base nessa perspectiva material - e não somente formal - do princípio da igualdade, considera-se legítima a criação, por meio da lei, de prerrogativas processuais a determinada categoria de sujeitos processuais a fim que tenham estas maior possibilidade de defender seus direitos em Juízo.

Assim, sob essa perspectiva, as prerrogativas dadas à Fazenda Pública em dispositivos legais, como, por exemplo, o art. 183 do CPC, seriam, para doutrina majoritária⁸⁸, constitucionais, uma vez que fazem na maioria dos casos uma discriminação razoável a favor da isonomia material.

Válido se socorrer mais uma vez nas lições de Nelson Nery Junior sobre o assunto:

Por isso é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigualam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamento distinto; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigualam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve buscar-se na norma ou texto legal a razão: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.⁸⁹

A indagação que surge, *prima facie*, é se os dispositivos legais correspondentes ao próprio instituto do reexame necessário seriam constitucionais, por respeito ao princípio da isonomia material, ou inconstitucionais, por afronta a princípios caros à Carta Magna de 1988 como, v.g., o do devido legal, do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

Considerados inconstitucionais os aludidos preceitos legais, chegar-se-ia inexoravelmente à conclusão de que quaisquer efeitos ou interpretações decorrentes do reexame necessário também seriam inválidos. Isto é, nesse caso sequer caberia se perquirir sobre a possibilidade ou não de recurso especial ou extraordinário em face da decisão em remessa obrigatória.

87 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 99.

88 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo* – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010, p. 31.

89 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 99.

No entanto, se o intérprete concluir que não há vício de inconstitucionalidade no reexame necessário, que há na verdade uma regra de clara conotação de igualdade material, ainda assim deverá se analisar a possibilidade de a Fazenda Pública interpor empachos extraordinários em remessa obrigatória.

Isso porque surgirá novamente a questão concernente ao respeito, ou não, ao princípio da igualdade. Seria possível interpretar o instituto do reexame necessário a ponto de permitir interposição de recurso especial e extraordinário ou estaria impossibilitada tal interpretação diante da própria excepcionalidade do reexame necessário em nosso ordenamento jurídico?

3. Da duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo, também conhecido com princípio da celeridade, foi incorporado expressamente ao rol de direitos fundamentais da Carta Magna de 1988 através da emenda constitucional nº 45/2004, com a seguinte redação:

Art. 5º, LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Malgrado somente tenha sido expresso como um direito fundamental com a emenda nº 45/2004, a referida garantia é uma decorrência do próprio direito de ação e do princípio do devido processo legal, este último em sua faceta material. Não há, portanto, um pleno exercício do direito de ação e um efetivo processo legal se a prestação jurisdicional é tardia e, muitas vezes, inócua.

A celeridade é inerente à própria visão do processo em uma perspectiva constitucional e, por isso, o jurisdicionado, que bate às portas do Poder Judiciário ávido por defender seus direitos, não deve ser punido em face da demora do processo.

O Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, já colocava como direito de todos a duração razoável do processo⁹⁰. Observe-se a redação dos arts. 8º, 1, e 25, 1, da aludida Convenção:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (*grifo aditado*)

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso **simples e rápido** ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que

⁹⁰ O Pacto de San José da Costa Rica só foi incorporado efetivamente ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, por meio do decreto legislativo de nº 27/1992 e o decreto nº 678/1992.

a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (*grifo aditado*).

Os referidos dispositivos, assim como o art. 5º da Constituição Federal, evidenciam a importância de um processo célere como uma garantia do cidadão e, conseqüentemente, uma proteção da dignidade humana. Evita-se que o homem seja transformado em um simples objeto do processo⁹¹, impede-se uma coisificação do homem decorrente de um processo com duração indefinida e resultado incerto.

Não se discute doutrinariamente sobre a incidência do princípio da duração razoável em todo o processo judicial, ou seja, desde o início da demanda, com o ingresso com a ação, até o seu trânsito em julgado, quando se esgotaram todos os recursos possíveis.

Diante disso, inevitável a conclusão de que o princípio da duração razoável do processo deve permear não somente o processo em primeiro grau ou na execução, mas também nas demais fases, incluindo a recursal.

Dois atores sociais são de essencial importância na efetivação do princípio e são a eles principalmente que a determinação legal do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna de 1988, é dirigida: o legislador e o intérprete.

O primeiro deles, o legislador, deverá envidar esforços para abreviar o máximo possível os percalços recursais, ao, entre coisas, simplificar o sistema recursal e conseqüentemente o tornar mais rápido. Por óbvio, essa simplificação respeitará os demais cânones constitucionais, não infringindo outros valores principiológicos tão importantes no nosso Ordenamento Jurídico.

Por seu turno, caberá ao intérprete buscar, através das normas legais disponíveis, maneiras de agilizar a prestação jurisdicional e evitar expedientes necessários - e muitas vezes protelatórios. Interpretações de preceitos legais que, sem justificativa, prejudiquem a celeridade da prestação jurisdicional devem ser evitados ao máximo, pois, em última análise, somente trazem prejuízo a um dos litigantes em detrimento do outro.

É sob o prisma da celeridade e duração razoável do processo que também deverá ser analisada a possibilidade ou não do recurso especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário.

Do devido processo legal

O devido processo legal é considerado, por parte da doutrina, como um super-princípio, vez que os demais princípios e direitos fundamentais positivados na Constituição Federal decorreriam necessariamente dele. Assim, princípios como o da isonomia, o da

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*- 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545.

legalidade, do juiz natural, entre outros, seriam desdobramento do princípio do devido processo legal.⁹²

Em virtude deste *status* de super-princípio alguns doutrinadores chegam ao ponto de afirmar que seria desnecessária a referência expressa na Constituição à grande parte dos princípios, visto que o devido processo legal já os englobaria. Nesse sentido discorre Daniel Amorim Assumpção Neves, *in verbis*:

Tratando-se de um princípio-base, com conceito indeterminado, bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal, que na prática os valores essenciais à sociedade e ao ideal do justo dariam elementos suficientes para o juiz no caso concreto perceber outros princípios derivados do devido processo legal.⁹³

O princípio do devido processo legal pode ser visto sob duas perspectivas: a formal e a material. A primeira delas parte de uma concepção vinculada, e restrita, ao processo e à regularidade no processamento dele.⁹⁴ Fredie Didier Junior traz o conceito do que viria ser o devido processo legal do ponto de vista formal:

Segundo a doutrina, o devido processo legal em sentido formal é, basicamente, o direito de ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio.⁹⁵

Nesse aspecto formal, não há maiores dúvidas sobre o respeito do reexame necessário ao indigitado cânone principiológico. Isso porque, entre outras coisas, foi a *remessa ex officio* criado por meio de lei, com um fim específico, à época, de facilitar a acessibilidade da Fazenda Pública ao processo e, em consequência, viabilizar sua defesa.

Não fere, portanto, o reexame necessário as demais normas legais e nem inviabilizaria o impulso oficial do processo. O reexame necessário seria uma dentre tantas opções legislativas no que tange ao caminhar do processo.

92 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 79.

93 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2ª Ed. –São Paulo: Método, 2010, p. 59.

94 Em virtude desse caráter, por vezes, restrito concernente ao aspecto formal do devido processo legal é que o doutrinador Nelson Nery Junior afirma que a terminologia mais compatível seria “devido processo” ao se indicar o aludido princípio sob a perspectiva apenas formal. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 86.

95 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 38.

De outro giro, o princípio do devido processo legal sob a perspectiva material possui outra faceta, mais ampla, que não se circunscreve apenas ao processo. Conceitua Daniel Amorim Assumpção Neves essa faceta substancial do super-princípio do devido processo legal, *litteris*:

No sentido substancial, o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando a interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. 96

Ou seja, não bastará a regularidade formal do processo e das decisões proferidas nele, deverá haver razoabilidade e proporcionalidade na própria elaboração e interpretação da norma jurídica.

É nesse ponto que se torna fundamental analisar não somente o instituto do reexame necessário em si, como também as interpretações decorrentes dele, no intuito de se verificar a proporcionalidade e razoabilidade de entendimentos em que se alargue o espectro de abrangência da remessa de ofício.

Atualmente já se começa a questionar a própria existência do instituto do reexame necessário. Estar-se-ia diante de prerrogativa ou de verdadeiro privilégio indevido em detrimento da parte contrária?

Noutro falar, há um processo contínuo de indagação sobre a verdadeira função da remessa *ex officio* no âmbito do ordenamento jurídico, se a sua existência não feriria valores maiores insculpidos na Carta Magna de 1988 como, *v.g.*, o princípio da isonomia e do devido processo legal em seu sentido material.

Nessa mesma esteira, é questionada também a razoabilidade da interpretação dada por parte da doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário em face de decisão em reexame necessário.

Na hipótese de se entender razoável esse posicionamento, respeitado estará o princípio do devido processo legal como um todo. Por outro lado, caso se entenda irrazoável e abusiva tal interpretação, inevitavelmente estar-se-á diante de uma afronta do aludido princípio do *due process*.

Assim, seguindo essa linha, deve se investigar se possibilitar a interposição de recursos de natureza excepcional em face de decisão proferida em reexame necessário mostra-se razoável e em conformidade com o devido processo legal substancial.

5. DO ACESSO À JUSTIÇA.

Com o surgimento da figura do Estado em nossa sociedade, a utilização da tutela privada, antes comum para fins de resolução de conflitos de interesse, cedeu espaço para a

96 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2ª Ed. –São Paulo: Método, 2010, p. 59.

assunção pelo Poder Público do papel dirimente de litígios. Noutro falar, os conflitos entre particulares passaram a ser decididos pelo Estado, devendo os envolvidos se submeterem as citadas decisões.

A instituição de Estados Democráticos de Direito a partir da Revolução Francesa ressaltou ainda mais esse papel do Poder Público. Ao particular caberia, portanto, ao ver violado um direito seu, bater às portas do Estado-juiz no intuito de resguardar seus interesses por meio de ingresso com ação própria.

Em um primeiro momento pós-Revolução Francesa, em virtude do Liberalismo predominante na época, somente quem possuía recursos financeiros tinha condições de propor uma ação e recorrer ao Poder Judiciário, pois as despesas e encargos eram bastantes altos no transcorrer de uma demanda.

No entanto, com o posterior desenvolvimento dos próprios direitos sociais, percebeu-se que o sistema de acesso ao Estado e à própria Justiça pelos cidadãos não era satisfatória, uma vez que reproduzia as desigualdades econômicas e sociais existentes na sociedade.

Ou seja, somente uma parcela ínfima da sociedade teria efetivo acesso ao Poder Público para garantir seus direitos e manter os custos da própria manutenção do processo.

Justamente a partir dessa compreensão da desigualdade inerente ao direito de ação é que começou o Estado a criar mecanismos que contribuíssem para um maior acesso ao Poder Judiciário, como, *verbi gratia*, a justiça gratuita.

Aduz Luiz Guilherme Marinoni sobre a importância do direito de acesso à justiça, *litteris*:

Na verdade, a realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, para se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e desta forma a igualdade, é imprescindível que o exercício da ação não seja obstacularizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter.⁹⁷

Ocorre que para se garantir o acesso à justiça não é suficiente apenas assegurar os meios para que o cidadão possa ingressar em Juízo. O princípio do acesso à Justiça é mais

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo- Curso de Processo Civil v. 1.* – 3. Ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 186.

amplo, pois deve abranger a garantia de uma prestação jurisdicional adequada⁹⁸, o que englobaria necessariamente uma prestação célere.

Com base nas assertivas acima e no fato de que não é somente dever do legislador, mas também do intérprete-julgador garantir o respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, é que se deve analisar a possibilidade de recurso especial e extraordinário em face de decisão proferida em reexame necessário.

6. Do princípio da confiança e da boa-fé objetiva

Embora não esteja previsto expressamente na Carta Magna de 1988, o princípio da confiança nela está implicitamente inserido, tendo em vista se tratar de uma faceta do Estado Democrático de Direito e do princípio da segurança jurídica.

O supracitado princípio possui um campo de atuação muito amplo ao incidir tanto nas relações concernentes ao Direito Privado como naquelas relacionadas ao Direito Público.

Assim, não é de estranhar a sua forte presença, a título de exemplo, em institutos típicos de direito civil e processual civil e, ao mesmo tempo, influir crescentemente no Direito Administrativo no intuito de evitar excessos da Administração Pública.

No campo do Direito Administrativo, em específico, o enfoque maior dado pelos doutrinadores se dá na relação de estabilidade e confiança entre particular e Estado, primando-se pela segurança jurídica e pela proteção do cidadão contra abusos. Nesse sentido, preceitua José dos Santos Carvalho Filho:

Como já foi sublinhado em estudos modernos sobre o tema, o princípio em tela comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a idéia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante no direito privado.⁹⁹

Por seu turno, no âmbito Processo Civil, sobressai-se o princípio da confiança no trato das partes no decorrer do processo. Há de existir condutas previsíveis e coerentes de cada um dos sujeitos processuais, não podendo uma das partes ser surpreendida por atos incoerentes

⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 316/325.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo - 24ª Edição revista, Ampliada e atualizada* - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33.

da outra que rompam com a confiança e estabilidade, as quais deve pautar o desenvolvimento do processo.

Por seu turno, o princípio da boa-fé objetiva preceitua tanto a necessidade de uma conduta das partes baseada na lealdade e confiança, como também a importância de se atender as justas expectativas das partes dentro de um processo que respeite todo trâmite previsto legalmente.

A boa-fé objetiva tem como base a cláusula geral de tutela da pessoa humana, interpretada sob o ponto de vista Constitucional, sendo possível, segundo Teresa Negreiros:

[...] reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.¹⁰⁰

De grande valia o asseverado pela doutrinadora Mariana Almeida de Souza no que toca à relação entre o princípio da confiança e o da boa-fé, *in verbis*:

Originário do Direito Romano, o princípio da confiança mantém analogia com a proteção da confiança depositada pelos sujeitos no tráfego jurídico. A relação entre o princípio da confiança e a boa fé é deveras estreita. Aquele se mostra como princípio fundamental para a concretização deste, ao passo que, nas relações jurídicas deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos indivíduos. Ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do Direito a ser cumprido, assegurando que a fé na palavra dada não é infundada.¹⁰¹

É com base no princípio da confiança, e da boa-fé objetiva, que foram previstos legalmente institutos como o da preclusão e coisa julgada, que prezam pela estabilização da lide - e das relações entre os sujeitos processuais - e evitam a eternização das demandas judiciais.¹⁰²

Caso uma das partes, portanto, aja de maneira a criar expectativa na parte contrária a respeito de uma atitude processual, nada mais natural que cumpra essa previsão. Feriria a confiança e previsibilidade se uma das partes praticasse posteriormente um ato no processo

100 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 117.

101 SOUZA, Mariana Almeida de. *O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios*, Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>, acesso em 06/06/2011, às 17h.

102 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*- 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 564.

oposto ao primeiro. Surge daí a vedação ao *venire contra factum proprium* (agir contra ato próprio), brocardo latino este plenamente aplicável nas relações processuais.

À guisa de exemplo, se uma parte deixar de recorrer em uma determinada ação, gerar-se-á uma expectativa na parte contrária de conformação e aceitação da decisão e, conseqüentemente, de um possível fim próximo da lide.

Da mesma forma ocorre no que toca ao reexame necessário. E não será o fato de a Fazenda Pública estar em Juízo que mudará algo. Deverá se analisar se a permissão de interpor recursos de natureza excepcional, por parte da Fazenda Pública, em reexame necessário afrontaria princípios como os da confiança e da boa-fé objetiva.

Noutro falar, há de se indagar se existe justificativa para aceitar a tese de que a Fazenda Pública, após optar por não recorrer da sentença, possa reavivar seu interesse na lide através da interposição de um recurso.

Portanto, será fundamental a análise dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva para se entender se é possível ou não a interposição de recurso extraordinário ou especial em face de decisão proferida em reexame necessário.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se afirmar que o reexame necessário está intrinsecamente ligado aos princípios constitucionais mencionados neste artigo. Foi elucidado que, ainda que a Fazenda Pública esteja em um dos polos da relação jurídica, é imprescindível que seja assegurada a boa fé objetiva e o princípio da confiança.

O princípio do acesso à justiça se faz presente também no reexame necessário, partindo da ideia de que para se garantir o acesso à justiça não é suficiente apenas assegurar os meios para que o cidadão possa ingressar em Juízo. O princípio do acesso à Justiça é mais amplo, pois deve abranger a garantia de uma prestação jurisdicional adequada.

Também se vislumbrou que o devido processo legal enquanto garantia imprescindível no âmbito processual, se faz presente no reexame necessário, em que pesem os questionamentos doutrinários acerca da própria essência do instituto, se prerrogativa ou privilégio indevido por parte da Fazenda Pública em detrimento da parte contrária.

Ainda, inevitável a conclusão de que o princípio da duração razoável do processo deve permear não somente o processo em primeiro grau ou na execução, mas também nas demais fases, incluindo a recursal.

E, em linha de arremate, tem-se a pertinente discussão acerca do alcance do princípio da igualdade no âmbito do reexame necessário, haja vista a excepcionalidade do instituto, que acaba por possibilitar notório privilégio à Fazenda Pública.

7. REFERÊNCIAS

AVARES, Gustavo Machado. *O instituto da remessa necessária e a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 402, 13 ago. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5584>. Acesso em: 03 jul. 2011, às 15h30min.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo - 24ª edição revista, ampliada e atualizada até 31/12/2010* - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José da Costa Rica . San José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acesso em: 31 julho de 2011, às 20h.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo – 8 ed. – São Paulo: Dialética, 2010.*

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo- Curso de Processo Civil v. 1. – 3. Ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.*

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco- 4 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.*

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Teoria Geral dos Recursos - 6 ed. atual. ampl. e reform.- São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.*

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito administrativo*. 2ª Ed. –São Paulo: Método, 2010.

SOUZA, Mariana Almeida de. O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios, Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>, acesso em 06/06/2011, às 17h.

RESPONSABILIDADE CIVIL EM TRANSPORTE FLUVIAL: COMO COMPROVAR A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS RÉUS E O DIREITO A INDENIZAÇÃO DO PASSAGEIRO

DARCY FERNANDA BENTES DE OLIVEIRA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário
CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho visa discutir a respeito da responsabilidade civil em transporte fluvial. Para tanto, analisará os direitos e garantias dos passageiros que tiveram conflitos desde a compra da passagem até a viagem, objetivando a responsabilização dos proprietários e agências para reparar o dano. Pretende-se ressaltar a relevância social e jurídica do contrato de transporte, dada a grande quantidade de pessoas que fazem uso diário dos sistemas de transportes, quais sejam aéreos, marítimo ou terrestre – embora, neste caso, o modal de transporte seja um pouco menos comum em outros estados além dos estados da região Norte do Brasil. Diante disso, criou-se a necessidade de amparar e normatizar as interações jurídicas e sociais decorrentes da prestação de serviço de transportes, principalmente no que tange a proteção às pessoas transportadas, sendo estas a parte mais frágil da relação de consumo com a transportadora, vez que esta última detém de recursos e informações que muitas vezes os passageiros comuns não têm. Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de estudar e expor os casos de responsabilidade civil decorrentes de transporte fluviais de pessoas. Vale ressaltar que a grande maioria de conflitos ocorre na falta de comunicação entre agências e proprietário.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Transporte fluvial. Indenização, Passageiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Sobre o direito de indenização do passageiro e a responsabilidade do proprietário e agência de viagem; – 3. O direito de indenização do passageiro e a responsabilidade do proprietário e agência de viagem; – 3.1 Relações conflito entre proprietário e passageiro; – 3.2 Dano sofrido pela vítima e respectiva indenização; – 3.3 Culpabilidade do proprietário da embarcação em conflitos antes e durante a viagem; – 4. Conclusão; – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O transporte fluvial é um meio de transporte muito utilizado para viagens em especial nos Estados que possuem um contexto amazônico, em decorrência de suas particularidades geográficas e consequentes limitações de meios de transporte para seus habitantes – sejam elas financeiras ou simplesmente de disponibilidade em locais de acesso mais difícil.

Embora seja uma realidade menos comum para o restante do país, que utiliza com mais frequência o meio de transporte rodoviário, isso não significa que o transporte fluvial deve permanecer com pouca regulamentação, ou com regulamentação, mas com conflitos mais difíceis de se resolver, em razão da necessidade probatória da responsabilidade civil do proprietário e da agência de viagens.

Isso porque, durante essas viagens, é muito comum que atos ilícitos ocorram. Esses atos ilícitos podem, inclusive, ser causados pelo próprio transportador em meio a viagem de seus passageiros, lesando o direito subjetivo destes.

Nos últimos tempos, a tendência na sociedade é no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação. Isso reflete diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que tem proporcionado um fenômeno de expansão dos danos suscetíveis de indenização.

O proprietário, no caso acima, faz nascer à obrigação de reparar o dano a que lhe é imposto pelo ordenamento jurídico: assim, verifica-se a necessidade de conseguir comprovar a responsabilidade civil na lide.

Nesse sentido, o presente trabalho visa compreender a teoria da responsabilidade civil utilizada em casos de dano quanto ao transporte fluvial, especificamente de pessoas. No que tange à relação contratual entre as partes envolvidas no transporte, é importante frisar que no Capítulo XIV do Título VI, das várias espécies de contrato, estão reunidos os dispositivos sobre o contrato de transporte, uma vez que o novo Código Civil tratou da matéria, organizando os dispositivos legais herdados pela legislação civil anterior, que encontrava-se prevista em alguns dispositivos esparsos.

2 SOBRE O DIREITO DE INDENIZAÇÃO DO PASSAGEIRO E A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO E AGÊNCIA DE VIAGEM

O contrato de transporte é referido pelo Código Civil de 2002 em seu art. 730 e pode ser definido como o negócio jurídico bilateral, consensual e oneroso, pela qual uma das partes transportador ou condutor se obriga a, mediante remuneração, transportar pessoa ou coisa a um destino previamente convencionado. Pode-se extrair dessa definição as suas duas espécies: transporte de coisas e transporte de pessoas

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (STOCO, p.114, 2007)

Em consonância com o disposto no art. 743 do CC/02, o contrato de transporte de coisas pode ser definido como sendo aquele que o expedidor ou remetente entrega ao transportador determinado objeto para que, mediante pagamento de frete, seja remetido a outra pessoa consignatário ou destinatário, em local diverso daquele em que a coisa móvel ou semovente foi recebida.

A partir das definições acima mencionadas, em especial, ao contrato de transporte de coisas e traçando um paralelo das obrigações advindas dessa relação contratual para os sujeitos, temos que obrigação do remetente é a entrega da mercadoria em condições de envio

com o pagamento do preço convencionado, ressalvada a hipótese de este ser adimplido pelo destinatário, acondicionamento da mercadoria, a declaração do seu valor e de sua natureza, o recolhimento tributário pertinente.

As obrigações do transportador são: receber a coisa a ser transportada no dia, hora, local e modo convencionados, empregar total diligência no transporte da mercadoria posta sob a sua custódia, e seguir o itinerário ajustado, ressalvadas as hipóteses de caso fortuito e força maior, entre outras.

Já entre as obrigações do destinatário, estão o dever de retirar a coisa no local de desembarque quando não acertado o local da entrega, não possuindo o direito de ser avisado quando da chegada da coisa, e dever de conferir a coisa entregue e apresentar reclamações, sob pena de decadência dos direitos.

Quanto à responsabilidade civil objetiva do transportador à integridade da carga, limitar-se-á nessa modalidade de contrato, conforme nos ensina Maria Helena Diniz, ao quantum constante do conhecimento de frete tendo início a partir do instante em que ele, ou seu preposto, receber a coisa e terminando com sua entrega ao destinatário ou o seu depósito em juízo, se aquele não puder ser encontrado, evitando assim, a mora.

Quando se tratar de transporte cumulativo, conforme preceitua o art. 756 do CC/02, o transporte cumulativo de mercadoria gera responsabilidade civil solidária perante o remetente, pela incolumidade da carga, por ser difícil determinar dentre os vários transportadores o culpado pelo dano causado, embora cada um seja obrigado pelo percurso parcial feito ou pela etapa assumida.

Dessa forma, o remetente poderá acionar qualquer um deles para obter o quantum indenizatório pelo prejuízo sofrido. Ressalva-se nesse caso, a apuração final da responsabilidade entre eles, de forma que a reparação do prejuízo venha a recair, integral ou proporcionalmente, naquele em que cujo percurso houver ocorrido o dano.

O que pagar a indenização ao remetente, não sendo o culpado, terá ação regressiva contra o causador do prejuízo:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. que tenham sido produzidos danos;
4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do

responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, p. 468/469, 2010)

No que diz respeito à responsabilidade civil do destinatário, frise-se que a responsabilidade sobre a coisa passa a ser do destinatário quando este recebe a coisa do transportador ou nos casos em que o destinatário for retirar a coisa. Acerca do conhecimento de frete, trata-se de documento emitido quando da entrega do objeto ao transportador.

É o correspondente ao bilhete de passagem no transporte de pessoas e possui a característica da literalidade, ou seja, o que estiver escrito no mesmo valerá como lei. Outra característica é a de ser um documento endossável, a exceção de possuir cláusula não à ordem.

Quanto à disciplina jurídica do contrato de transporte de pessoas, o Código Civil de 2002 regula a matéria nos artigos 734 a 742 e pode ser definido como sendo aquele em que o transportador se obriga a remover uma pessoa e sua bagagem de um local a outro, mediante remuneração:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável. (STOCO, p. 157, 2007).

Temos que, conforme o meio em que o transporte é feito, o contrato pode ser terrestre, marítimo, aeronáutico. Ressalte-se que nessa modalidade de contrato há dois contratantes o transportador, que é quem se compromete a fazer o transporte, e o transportado, que é o passageiro, quem paga certo preço ao adquirir um bilhete de passagem, que poderá ser nominativo ou ao portador, e dará direito a ser transportado, quem se apresentar com ele.

O transporte de pessoas abrangerá a obrigação de transportar a bagagem no próprio compartimento em que viajar o transportado, ou em depósito apropriado do veículo, mediante despacho. O transporte de bagagem é acessório ao contrato de transporte de pessoa, devendo haver pagamento, só no caso de excesso de peso, tamanho ou volumes.

Com a celebração do contrato o transportador será responsável nas seguintes situações se não transportar o passageiro de um lugar para o outro, no tempo e modo convencionados. Salvo por motivo de força maior.

Frise-se que, o passageiro por sua vez, tem direito a exigir o transporte, desde que apresente o bilhete de passagem, como também a observar as normas estabelecidas pelo transportador constantes do bilhete de passagem, no interior do veículo. Destaca-se que se o comportamento do passageiro for antissocial, deverá o mesmo, ante o princípio da boa-fé objetiva, arcar com as consequências, mesmo de a responsabilidade do transportador ser objetiva.

Conforme mencionado no art. 739 do Código Civil de 2002, o transportador não pode recusar passageiro, salvo casos previstos no regulamento, ou se as condições de higiene ou saúde do interessado justificarem, não efetuar o transporte com cuidado, exatidão e presteza, houver danos causados aos viajantes, oriundos de desastre não provocado por força maior ou caso fortuito, ou por culpa exclusiva do passageiro.

Em tal caso, a indenização será variável conforme a natureza e extensão do prejuízo. Como o transporte assume uma obrigação de garantia, deverá responder por todos os defeitos e vícios do veículo, que impeçam o seu uso pacífico pelo passageiro, ocorrer um acidente, cuja causa não seja esclarecida, sendo que ele responderá por isso, devendo provar que o fato deu-se por força maior, caso fortuito, ou culpa da vítima, e em caso de lesão corporal ou deformidade que invalide a capacidade de trabalhar, ao tratamento médico, lucros cessantes, e mais uma indenização arbitrada pelo juiz. No caso de morte deverá pagar o sepultamento da vítima, e uma indenização àqueles privados de alimentos pelo fato, bem como auxílio educação.

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa. (CAVALIERI FILHO, p. 137, 2008).

O código adotou de maneira expressa, a responsabilidade objetiva do transportador que responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo por motivo de força maior.

Cumprir destacar que o dever do transportador de responder pela incolumidade do viajante e de conduzi-lo são e salvo ao seu destino não poderá ser afastado por estipulação que exonere o transportador de sua responsabilidade, por ter assumido obrigação de resultado, ou seja, de conduzir o passageiro são e salvo ao local de destino. Somente a culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de evento fortuito excluem o dever de indenizar.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR. ASSALTO NO INTERIOR DE ÔNIBUS. REAÇÃO DO POLICIAL, VINDO A SER ATINGIDO POR DISPARO, FALECENDO EM RAZÃO DO TIRO. RECONHECIDA A CULPA DA TRANSPORTADORA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não se conhece do recurso especial interposto com base na alínea c do permissivo constitucional quando a divergência não é demonstrada nos termos exigidos pela legislação processual de regência (art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c art. 255 do RISTJ).
2. A Corte estadual fixou a premissa de que a empresa de transporte teve parcela de culpa pelo acidente que levou a vítima a óbito, razão por que não há falar em conhecimento do recurso especial para afastar sua responsabilidade civil, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ.
- 3.

Agravo regimental não provido. (STJ - AGRG NO ARESP: 271862 SP 2012/0265702-9, RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, DATA DE JULGAMENTO: 22/05/2014, T4 - QUARTA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 02/06/2014)

Sintetizado e complementando o parágrafo anterior temos que há responsabilidade do transportador no transporte oneroso de pessoas, pois o transporte gratuito não se submete a tais regras, no contrato de transporte oneroso está implícita a cláusula de incolumidade do passageiro, cuja frustração gera responsabilidade objetiva do transportador, o art. 14 do CDC (Código de Defesa do Consumidor) dispõe que o fornecedor de serviços responde independentemente de culpa, pelos danos causados na prestação do serviço, o art. 734 do CC (Código Civil) traz hipótese de responsabilidade objetiva, a força maior e o caso fortuito externo excluem a responsabilidade do transportador, o mesmo quando há culpa exclusiva da vítima.

Quanto ao passageiro pingente, que fica pendurado do lado de fora por falta de condições adequadas na prestação do serviço, há direito à indenização. De acordo com a Súmula 187 do STF, a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Dessa forma, o transportador irá pagar uma indenização, por dano moral ou patrimonial, variável conforme a natureza ou extensão dos prejuízos, abrangendo tanto danos emergentes como os lucros cessantes.

A responsabilidade do transportador requer que o dano ao passageiro ocorra durante a vigência do contrato, isto é, a partir do momento em que o indivíduo entra na estação de embarque, pede o bilhete no guichê, ou faz um sinal ao transportador, até o instante em que deixa o veículo, e atravessa o portão de saída da estação de desembarque.

Contudo, a responsabilidade do transportador pelo dano causado ao seu preposto, visto que a responsabilidade civil do empregador será, em regra, subjetiva, exceto se a atividade é caracterizada como de risco habitual.

Tomou corpo no meio doutrinário a discussão a respeito da responsabilidade civil do transportador em face de pedestre, pois um acidente não atinge apenas os passageiros, mas também os transeuntes. Merece destacar a percutiente lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *in verbis*:

Em nosso pensamento, trata-se de situação de responsabilidade civil aquiliana, também de natureza objetiva, por considerarmos o terceiro vítima do evento, equiparado ao passageiro/consumidor, nos termos do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor. (STOLZE E PAMPLONA, p. 1, 2007)

Quanto ao transporte gratuito, o mesmo poder ser definido como sendo aquele feito por simples cortesia ou amizade, dessa forma não regulamentado pelas normas legais sobre o contrato, e por isso não acarreta a responsabilidade civil objetiva do transportador. Saliente-se que se o passageiro, conduzido gratuitamente, vier a sofrer alguma lesão, o motorista só

terá responsabilidade subjetiva fundada na culpa. Dessa forma, o lesado só poderá acioná-lo provando sua imprudência, negligência ou imperícia, para haver a reparação do dano moral ou patrimonial sofrido durante o percurso. No transporte gratuito a responsabilidade é subjetiva e a doutrina entende que é aquiliana.

A questão relativa no transporte interessado, sem remuneração direta, posto que o condutor não seja diretamente remunerado, afere vantagem indireta à custa do conduzido. Ocorrendo um abaloamento lesivo no caminho, o transportador poderá ser responsabilizado, segundo as regras de responsabilidade civil contratual constante no sistema de defesa do consumidor. Como exemplo, podemos citar a situação em que um representante de vendas faz questão de levar o seu cliente até o seu stand. Trata-se de um acidente de consumo gerador de responsabilidade civil objetiva, devendo ser aplicadas as regras do contrato de transporte tendo incidência a cláusula de segurança.

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual.
(ARTIGO 403 DO CÓDIGO CIVIL)

Quanto ao transporte clandestino não há amparo legal que regule determinado tipo de transporte. Podemos entender por transporte clandestino, como sendo aquele pelo qual uma pessoa se introduz num veículo sem o conhecimento do condutor, viaja burlando a vigilância da fiscalização, etc. Nesse caso, o transportador não sabe que está levando algum passageiro ou alguma mercadoria. O ônus da prova recai sobre quem alega, pois a clandestinidade deve ser provada. Provada a clandestinidade não há responsabilidade do transportador, nem do prisma da responsabilidade contratual, nem do da responsabilidade aquiliana.

Conforme o meio em que é feito o transporte, o contrato pode ser terrestre, abrangendo todos os meios de transportes dessa modalidade, e analogicamente tem sido aplicados aos acidentes ocorridos em barcas, elevadores, marítimo ou aquaviário, o marítimo é chamado de fretamento, e no transporte de pessoas, aproxima-se da hospedagem e aeronáuticos ou aéreos são os que utilizam o espaço aéreo internacional ou nacional, advento do artigo 1º da Convenção de Varsóvia. Portanto, o estudo do instituto da responsabilidade civil se faz necessário para a melhor compreensão das relações contratuais e extracontratuais e para devida aplicação do direito ao caso concreto.

3 O DIREITO DE INDENIZAÇÃO DO PASSAGEIRO E A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO E AGÊNCIA DE VIAGEM

A responsabilidade civil parte do dever imposto por lei a todos de não causar dano a outra pessoa. Para RAMOS (2014) “ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado”.

Nesse sentido, o dever jurídico seria justamente o preceito de não causar dano a ninguém. Assim, faz-se necessária a compensação, para que o dano causado seja reparado.

Para que se configure a responsabilização, é preciso que existam os seguintes requisitos: conduta; existência de danos materiais ou imateriais; nexos causal e culpa.

É necessário esclarecer que existe uma divisão, configurada dois grupos: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. A responsabilidade civil subjetiva demanda a comprovação de culpa no resultado; já na objetiva, o indivíduo responde pelo dano independente de culpa.

O artigo 927, Código Civil, traz que: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Para SANTOS (2012), “o elemento primário de todo ato ilícito, e por consequência da responsabilidade civil é uma conduta humana. Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”

Para PONTES (2018) “na responsabilidade civil subjetiva é justamente essa censurabilidade/reprovabilidade comentada na conceituação da “culpa” que justifica a responsabilidade do lesante pelo dano provocado”

Na responsabilidade civil objetiva, é necessária apenas a configuração do nexos causal, independentemente da análise de dolo ou culpa. Para CARDOSO (2017),

A responsabilidade objetiva é presente na maioria das relações previstas no código de defesa do consumidor, e, novamente utilizando o universo do exemplo anterior, podemos definir que, no mesmo acidente de ônibus, a empresa responsável pelo transporte responderá de forma objetiva pelos transtornos causados, justamente pela relação empresa-cliente ser prevista no código consumerista.”

Sobre a conduta, é necessário que haja um ato de vontade por parte do agente. Sem esse requisito, não há que se falar em responsabilidade civil (SANTOS, 2012). Tal ato se chocaria com o direito, o que acabaria configurando o ato ilícito.

Segundo DINIZ (2005, p. 43 APUD SANTOS, 2012):

a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado

Sobre o nexos causal, refere-se à necessidade de a conduta do agente ter impacto sobre os danos causados sobre a vítima, que podem ser danos morais, estéticos ou materiais, por exemplo.

KRETZMANN (2018) explica que existem 5 teorias as quais sujeitam-se a explicar o nexos causal, adotando em seu texto a teoria da causalidade adequada:

A teoria da causalidade adequada igualmente não adota a premissa de que todas as causas são iguais. Surgiu para atenuar a amplitude da teoria da equivalência das condições, pois restringe o conceito de

causa, baseando-se em um juízo de probabilidade e partindo da observação daquilo que comumente acontece na vida.

Foi elaborada por Von Kries e estabelece que há várias condições e cada uma delas contribui para a realização do evento danoso, mas somente uma delas vai ser elevada ao conceito de causa por ser considerada adequada. A causalidade adequada, assim, é aquela sem a qual o evento não teria acontecido, é a que se apresenta como consequência normal. A identificação da causa adequada é feita, portanto, levando-se em consideração o próprio dano. Busca-se reconhecer o que pode vir a ocorrer a partir de determinado fato em um fenômeno de prognose. O intérprete sabe da ocorrência do dano, volta ao passado e considera os efeitos abstratos. Examina-os e conclui quais se identificam com os efeitos concretos. Quando houver essa coincidência dos efeitos concretos com os abstratos haverá a identificação da causa adequada e surgirá o dever de indenizar

Para PONTES (2018): “a culpa está intimamente vinculada ao comportamento do lesante, considerado como um valor social qualificado pela censurabilidade ou reprovabilidade”. Segundo GONÇALVES (APUD PONTES 2018),

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo

3.1 Relações conflito entre proprietário e passageiro

Em viagens em embarcações, podem ser imaginados diversos tipos de conflitos entre os proprietários das embarcações e os passageiros destes veículos.

No estado do Amazonas, por exemplo, onde o transporte fluvial é muito utilizado em decorrência da própria geografia do Estado, inúmeros problemas podem ocorrer.

Desde a falta de organização dos donos de embarcações no que diz respeito a lotação do barco ou lancha até a ocorrência de furtos ou roubos no decorrer da viagem, é necessário que os lesados pelos eventos ocorridos mediante este contrato de transporte sejam indenizados.

Para Severiano (2015), “os furtos, roubos e ataques de piratas a embarcações na Região Norte do Brasil preocupam o setor de transporte fluvial de cargas e passageiros.”.

Severiano (2015) completa, ainda, que “casos de latrocínios (...) são registrados em regiões como o Estreito de Breves. Registros da SSP-AM apontam mais de cem casos envolvendo furtos e roubos entre 2014 e início de 2015”

3.2 Dano sofrido pela vítima e respectiva indenização

Para os danos materiais ou imateriais (morais), é preciso compreender a noção do conceito de dano de acordo com os preceitos da Responsabilidade Civil.

O dano pode ser definido como “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2006, APUD SANTOS, 2012)

Existem vários tipos de dano. O dano material é aquele em que há prejuízo econômico para a vítima e ele pode ser caracterizado com o que a vítima perdeu e com o que ela deixou de ganhar.

Para Soares Neto (2017):

Os danos materiais caracterizam-se por causar dano a determinado bem jurídico dotado de valor econômico. São divididos em dois subgrupos: danos emergentes (danos positivos); e os lucros cessantes (danos negativos).

Danos emergentes são constituídos pelo prejuízo sofrido diretamente de maneira imediata, redução do patrimônio, ou de maneira mediata, está caracterizada por despesas indevidas. A fim de ilustração dos danos emergente usaremos, como exemplo, um acidente de trânsito onde ocorra o dano no automóvel. O dano causado ao veículo é um dano material emergente, visto que, imediatamente houve redução no patrimônio da vítima. Por seu turno, o custo de guincho para retirada do veículo, caracteriza uma despesa indevida, mediata, pois a vítima não terá de imediato seu patrimônio afetado.

Lucros cessantes se dá pela perda da possibilidade de aumento patrimonial, ou seja, valores que a vítima deixa de auferir em decorrência de determinada conduta ilícita

Por outro lado, o dano moral aquele que causa profundo pesar, por exemplo. Não é qualquer dano, qualquer irritação causada a vítima. Segundo SÁ (2017): “há consenso na doutrina e na jurisprudência que o dano moral seria a violação a um dos direitos da personalidade previstos no artigo 11 do Código Civil, como por exemplo, a violação do direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama, à dignidade etc.”

Há diversas discussões a respeito da caracterização do dano moral. Analisa-se o caso por meio do entendimento do “homem médio”, ou seja, alguém não muito passional ou indiferente.

Para SÁ (2017), “não há critérios objetivos nem mesmo fórmula matemática para a fixação de indenização por dano moral, sendo que nem mesmo a própria vítima possui condições de avaliar monetariamente o dano moral sofrido”. Assim, é importante que as provas das circunstâncias do ocorrido sejam levadas ao conhecimento jurisdicional, para auxiliar na fixação de uma eventual indenização.

Nesse sentido, o direito de indenização do passageiro e a responsabilidade do proprietário e agência de viagem devem ser analisados pelo juiz caso a caso, conforme os preceitos da responsabilidade civil analisados nos tópicos anteriores deste trabalho.

3.3 Culpabilidade do proprietário da embarcação em conflitos antes e durante a viagem

Para a verificação da culpabilidade do proprietário da embarcação, é necessário analisar de que maneira a culpabilidade se dá no âmbito da responsabilidade civil dentro do direito brasileiro.

Segundo Maia (2016) a definição de culpabilidade advém da culpa *stricto sensu*, ou seja, da violação de um bem jurídico sem a intenção de causar danos a outra pessoa:

A culpa *stricto sensu* ou em sentido estrito pode ser entendida como uma desobediência a um dever preexistente, inexistindo intenção de violar o dever jurídico. Aqui, o agente quer praticar a conduta, porém não quer o resultado. O elemento vontade se assenta somente na ação ou omissão. Ainda, exige-se uma conduta voluntária com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado.

Nesse sentido, Maia (2016) assevera a existência das três modalidades de manifestação da culpa, já majoritariamente conhecidas pelos operadores do Direito. São elas a imprudência, a negligência e a imperícia:

Três são os modelos jurídicos que se enquadram na figura da culpa em sentido estrito. O primeiro deles é a imprudência, que pode ser conceituada como a ação com a falta de cuidado necessário; a negligência, que é a omissão pela falta de cuidado e a imperícia, que é entendida como a falta de qualificação ou treinamento que um profissional deveria ter para desempenhar sua função, como, por exemplo, os profissionais de saúde.

Maia (2016) ressalta, ainda, que o causador do dano deve reparar o dano em alguns casos independentemente de dolo ou culpa, sendo facultado a este a apresentação de elementos que comprovem sua culpa e não o dolo, de maneira que, assim, pode haver um juízo de valor pelo juiz que considere estes fatos positivos para com o réu e lhe diminua o valor da indenização devida:

Vale ressaltar que, independentemente de culpa ou dolo, o causador tem o dever de reparar a vítima, sendo, porém, lhe facultado provar, pela teoria da culpa, que agiu com culpa *stricto sensu*, modalidade que pode ponderar a reparação.

Para Reinig e Carnáuba (2017), a culpabilidade dentro da Responsabilidade Civil pode ser verificada por meio dos artigos 186 e 187 do Código Civil, sendo este fundamento também muito estudado pela doutrina:

Afirma-se com frequência que a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa. Em sede doutrinária, é recorrente a tese de que o art. 186 do Código Civil conteria uma cláusula geral de responsabilidade por culpa, enquanto o art. 187 ofereceria uma cláusula geral de ilicitude de natureza objetiva. De certa forma, é também o que propõe o Enunciado 37 na 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Alçada ao patamar de consenso na literatura, a tese não tardou a ser acolhida também pelos tribunais. Assim, a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por mais de uma vez, invocou o referido enunciado como justificativa para responsabilizar objetivamente operadoras de planos de saúde pelo defeito na prestação de serviços de assistência médica e hospitalar. No mesmo tribunal, o verbete também já foi empregado para responsabilizar a faturizadora que protestou indevidamente duplicada sem lastro comercial; ou para condenar os proprietários que retiraram e danificaram outdoors instalados em seu imóvel por terceiros.

Nesse sentido, podemos depreender que nos casos em que os donos de embarcações cometem as infrações previstas pelos artigos 186 e 187 do Código Civil, como veremos a seguir, cometem atos ilícitos e devem, portanto, indenizar ao passageiro lesado por suas ações:

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. 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.

Isso significa que, quando o dono da embarcação puder evitar a ocorrência de danos a seus passageiros e não o faz por ação ou omissão, negligência ou imprudência, existe aí a possibilidade de indenização a este cliente.

A possibilidade de indenização persiste quando ocorre o exercício de um direito pelo seu titular, que acaba abusando deste. Assim, este titular do direito geralmente desvia os limites do fim econômico ou social, da boa-fé ou dos bons costumes, conforme dita o art. 187 do Código Civil.

Podemos verificar a ocorrência deste tipo de situação quando, por exemplo, o dono da embarcação ou a agência de viagem vende passagens além da lotação máxima deste barco, por falta de organização dos responsáveis – ou seja, um caso de negligência.

Neste caso, em havendo a comprovação de danos a um consumidor/passageiro lesado, é necessário que haja a indenização proporcional aos danos a este passageiro.

4 CONCLUSÃO

Como vimos no decorrer do presente artigo, a responsabilidade por danos causados por conta do transporte fluvial em embarcações devem observar alguns importantes pressupostos, como a análise da responsabilidade civil dos envolvidos, os fundamentos para a ocorrência do direito a indenização, além da culpabilidade dos agentes.

É necessária que haja a maior evidência a estes casos de responsabilização a donos de embarcações e demais responsáveis principalmente nos casos em que se tratam de ocorrências na Região Norte do país, vez que sua geografia é o que faz com que se utilize desta modalidade de transporte com mais frequência.

Em decorrência do privilégio a esta modalidade de transporte em detrimento de outras como o transporte rodoviário, por exemplo, existe a possibilidade de ocorrência de abusos por parte dos detentores destes meios de transporte, de maneira que o consumidor ficaria refém das práticas dos seus dirigentes, ainda que ilícitas.

Nesse sentido, deve o Poder Judiciário atentar-se a peculiaridades desta modalidade de transporte para assim decidir a lide da melhor maneira possível, buscando a compreensão da problemática enfrentada pelo consumidor naquela situação objeto de julgamento.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, E S. **Responsabilidade civil no transporte de pessoas e coisa**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/20025/responsabilidade-civil-no-transporte-de-pessoas-e-coisas>. Acesso dia: 06/06/2020.

CARDOSO, F H. **LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso dia: 05/06/2020.

CARDOSO, F H. **LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso dia: 06/06/2020.

CARDOSO, P. **Você sabe o que é responsabilidade objetiva e subjetiva?** JUSBRASIL, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58947/voce-sabe-o-que-e-responsabilidade-objetiva-e-subjetiva>

CAVALCANTE, D L; PECH, R. **Responsabilidade civil do transportador em caso de transporte de objetos de contrabando**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55846/responsabilidade-civil-do-transportador-em-caso-de-transporte-de-objetos-de-contrabando>. Acesso dia: 06/06/2020.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**, 8ª ed., Ed. Atlas, Rio de Janeiro, 2008, pág. 65.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COORDENADORIA DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso dia: 06/06/2020.

DINIZ, M H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações** – Vol. 2, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015 (pág. 70).

DINIZ, M H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações** – Vol. 7, 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014 (pág. 541/ 552).

DINIZ, M H. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

GONÇALVES, C R. **Direito Civil Brasileiro – responsabilidade civil** – Vol. 4, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015 (págs. 223/226, 239/241 e 245/251).

GONÇALVES, C R. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**– Vol. 3, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013 (págs. 478/481 e 491/494).

GONÇALVES, C R. **Responsabilidade Civil**. 7ª ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002.

JURISPRUDÊNCIA DO STJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Culpa+do+transportador>. Acesso dia: 06/06/2020.

KRETZMANN, R P. **Nexo de causalidade na responsabilidade civil: conceito e teorias explicativas**. 2017. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/08/900ca64d-nexo-de-causalidade-na-rc-renata-k.pdf>

LIMA, A. **Da culpa ao risco**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1938. p. 143.

MONTEIRO, W B. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**, 2ª parte. 34ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2003, pág. 474.

NADER, P. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** – Vol. 7, 3ª edição. São Paulo: Forense, 2010 (págs. 447/466).

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, V. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies**. DIREITO NET, 2014. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-presetupostos-e-especies>

SÁ, G M K. **O que é dano moral? Conceito, características básicas e dispositivos legais pertinentes.** JUSBRASIL, 2017. Disponível em: <https://gillielson.jusbrasil.com.br/artigos/512201765/o-que-e-dano-moral-conceito-caracteristicas-basicas-e-dispositivos-legais-pertinentes>

SANSEVERINO, P T. **Responsabilidade civil do transportador e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/responsabilidade-civil-do-transportador-e-a-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica/>. Acesso dia: 06/06/2020.

SANTOS, P P S. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais.** Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-presetupostos-gerais/>

SANTOS, P P S. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadenos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-presetupostos-gerais>. Acesso dia: 06/06/2020.

SEVERIANO, A. **Piratas causam pânico e mortes em rios e embarcações no AM, RO e PA.** Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/05/piratas-causam-panico-e-mortes-em-rios-e-embarcacoes-no-am-ro-e-pa.html>

SOARES NETO, P B O. **Responsabilidade civil: introdução conceitual.** JUSBRASIL, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61088/responsabilidade-civil-introducao-conceitual>

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, S S. **Direito civil: responsabilidade civil** – Vol. 4, 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2015 (págs. 74, 179/200).

JULIANA DE SOUZA GARCIA ALVES MAIA. **Responsabilidade civil: pressupostos e excludentes.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-presetupostos-e-excludentes/>

ANÁLISE DO FILME “THE PLATAFORM” À LUZ DA TEORIA DIFERENCIADORA DO ESTADO DE NECESSIDADE

PALOMA DA SILVA OLIVEIRA:
Bacharelanda do curso de Direito do CEUNI-FAMETRO.

Resumo: O presente trabalho tem por principal objetivo a discussão a respeito do instituto jurídico penal do Estado de Necessidade, tanto como excludente de ilicitude quanto como excludente de culpabilidade. Para tanto, usará como principais instrumentos aliados a este trabalho a Sociologia Jurídica, demonstrando de que maneira autores consagrados da Sociologia Jurídica tais como Karl Marx e Max Weber entendem as desigualdades sociais e qual a sua relação com os crimes, e o filme de origem espanhola chamado “The Plataform”, dirigido por Galder Gaztelu-Urrutia e a Teoria do Crime, demonstrando conceitualmente o que seria o Estado de Necessidade e o que diz a teoria diferenciadora, de acordo com a doutrina. Por meio dos três instrumentos - o filme, o Direito Penal e a Sociologia Jurídica, pretende-se traçar um raciocínio que demonstre a aplicabilidade da Teoria Diferenciadora do Estado de Necessidade e verificar, além disso, que o uso de meios artísticos pode ajudar a melhor visualizar situações concretas em que há aplicação do direito - em especial do Direito Penal – e o uso desses conceitos jurídicos poderia auxiliar na própria compreensão da obra.

Palavras-Chave: Direito Penal; Estado de Necessidade; Teoria do Crime; Culpabilidade; Ilicitude

INTRODUÇÃO

As desigualdades sociais e a pobreza, violência e suas demais consequências não são problemas novos. Porém, com o maior acesso da população aos meios de informação, por meio do fenômeno da globalização, ela foi ganhando cada vez mais evidência no dia a dia da população.

Isso porque hoje é cada vez mais fácil visualizarmos os atos de violência cometidos principalmente em áreas mais periféricas e onde programas de saneamento básico e assistência social por parte do Estado costumam não chegar.

Exemplo disso são os programas de ocorrências policiais que, aparentemente, parecem contribuir cada vez mais para um Estado policialesco, com uma população que nada ou pouco conhece a respeito da realidade e da necessidade dessa população mais carente e periférica.

A violência, nesse sentido, pode ser vista como efeito reflexo da desigualdade social, e poderia ensejar em situações como quando seria necessário avançar contra um semelhante em nome da própria sobrevivência – lhe furtando, roubando ou até em situações ainda mais extremas, resultar em atos bárbaros, como lhe tirando a vida para conseguir se alimentar.

Assim, desde que de forma totalmente justificável e que se enquadre dentro das regras do direito, é possível uma defesa do acusado com o uso do instituto do estado de necessidade. Para isso, será necessária uma análise fática dos acontecimentos, tais como a que se pretende fazer no presente trabalho, em tópico apropriado.

O filme “The Plataform” traz uma dessas situações extremas provocadas pela desigualdade: as vezes, por encontrar-se em celas que não tinham comida, os personagens são obrigados a ter comportamentos violentos e algumas vezes alimentar-se por meses dos corpos de seus companheiros de cela mortos.

Nesse sentido, presente artigo pretende efetuar a compreensão do filme por meio da dimensão sociológica das desigualdades sociais, buscando um entendimento analítico, a relacionando com o crime; a análise da teoria do crime, com a utilização do conceito analítico de crime (fato típico, ilícito e culpável), com ênfase nos elementos ilicitude e culpabilidade, explicando seus institutos e como afastar a culpabilidade e ilicitude por meio do estado de necessidade e por último a análise do filme, levando em consideração os demais pilares da pesquisa.

Espera-se que a contribuição desta pesquisa venha por meio da sua utilização para fins acadêmicos, como na fundamentação de outros artigos científicos que objetivem compreender o estado de necessidade.

1 DESIGUALDADES SOCIAIS: UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA DO PROBLEMA

O presente tópico visa discutir a respeito das desigualdades sociais, explorando conceitos trabalhados por autores utilizados na Sociologia Jurídica, de maneira que pretende-se inicialmente fazer uma reflexão a respeito da globalização e a maneira que essa se relaciona com as desigualdades sociais presentes desde antes dela, porém por ela aumentada ou, ao menos, colocada cada vez mais em evidência.

Após isso, pretende-se discutir a respeito das desigualdades sociais para Karl Marx e Max Weber, destacando quais são os fatos geradores e mais relevantes para que as desigualdades sociais existam.

Por último, o tópico pretende verificar de que forma o crime se relaciona as desigualdades sociais, utilizando por base dados bibliográficos e estatísticos que comprovem esta estreita relação.

Durante esta problematização, o presente artigo buscará ter por enfoque durante a sua pesquisa a relação das desigualdades sociais e os crimes violentos, tais como homicídio ou outros que empreguem a violência durante a sua execução.

1.1 Globalização e o fenômeno da desigualdade social

A globalização foi um dos mais importantes eventos recentes, sendo caracterizada por ser um fenômeno de múltiplas dimensões e consequências. Suas dimensões podem ser compreendidas por quatro formas de interpretação, segundo entendimento de Prado (2003):

“(I)- globalização como uma época histórica; (II)- globalização como um fenômeno sociológico de compressão do espaço e tempo; (III) globalização como hegemonia dos valores liberais; (IV) globalização como fenômeno socioeconômico”.

Aqui, é importante destacar a relevância da globalização, uma vez que com esse fenômeno foi possível que as pessoas percebessem melhor a dimensão das desigualdades sociais, provocadas por fatores como a pobreza, questões étnicas e sociais. Este entendimento é corroborado por Therborn (2001):

A globalização implica, obviamente, em que a desigualdade entre a humanidade global esteja recebendo mais atenção. Somente com o desenvolvimentismo pós-Segunda Guerra Mundial, a desigualdade entre as nações do mundo recebeu atenção pública. A atual onda de globalização está provocando a comparação entre outras categorias humanas, como as mulheres do mundo, as crianças do mundo, domicílios em todo planeta

Para Therborn (2001), a preocupação com a resolução deste problema não deveria somente concentrar-se na diminuição do fator pobreza, por exemplo. O autor assim o sustenta porque entende que tratar a pobreza seria mais um ato filantrópico, não eliminando a causa, seu porquê:

Preocupar-se com a desigualdade, em vez de apenas com a pobreza, significa preocupar-se com a maneira como toda a sociedade é estruturada e não apenas com o seu pior aspecto. Assim sendo, a preocupação com a desigualdade é mais propícia à auto-organização e mobilização dos próprios desfavorecidos, ao conflito social e à transformação social em grande escala do que a preocupação com a pobreza, pois esta tem uma orientação mais naturalmente filantrópica. Na política igualitária, pode ser mais fácil voltar-se basicamente para a desigualdade dos ricos, como um alvo da crítica social. Entretanto, de uma perspectiva igualitária moral, pode-se sustentar que a desigualdade dos pobres é a mais relevante, isto é, a tarefa mais importante para a mudança, já que tende a excluí-los da participação integral na sociedade dominante. Se concordarmos com esse argumento, há implicações analíticas, pois as medidas da pobreza relativa passam a ser particularmente pertinentes, como medidas de desigualdade (...)

Para autores como Medeiros (2006), atos de violência e de criminalidade são um dos fatores apontados pela população como os que mais diminuem a qualidade de vida nas cidades brasileiras. O autor faz uma relação entre a criminalidade e a sua integralização com outros problemas sociais, como o desemprego estrutural, a desigualdade social e a marginalização social.

Medeiros (2006) entende, ainda, que a negligência ao fato de que o crime pode ser diretamente relacionado a fatores como a desigualdade social é ignorar uma visão analítica -

mais aprofundada na análise destes fatos sociais – consequentemente caindo em uma visão reducionista por parte de quem ignora tal visão analítica defendida pelo autor:

(...) negligenciar os possíveis nexos causais entre desigualdade social, as mudanças na estrutura sócio-ocupacional e a incidência da criminalidade pode levar a um recuo do entendimento analítico do problema da violência criminal. No risco da negação sobre o efeito criminogênico de determinados arranjos de ordem social encontra-se embutida a possibilidade de recuo do entendimento analítico da fenomenologia do crime às linhas limítrofes que definem o indivíduo, como um ponto cujas fronteiras anulam o quadro estrutural que abriga os sistemas sociais responsáveis por determinar aquilo que somos e aquilo que podemos alcançar como sujeitos. (...)

Nesse sentido, passamos ao próximo tópico, onde se pretende verificar conceitos úteis ao trabalho, como refletir a respeito do Direito Penal e suas funções, abordar a respeito de aspectos importantes da teoria do crime – demonstrando o conceito analítico de crime e seus três pilares, a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade – e, por fim, trabalhar a respeito das excludentes de culpabilidade existentes, dando enfoque especial ao Estado de Necessidade.

2 O DIREITO PENAL, A TEORIA DO CRIME E O ESTADO DE NECESSIDADE

O Direito Penal é ramo do direito que tutela os bens jurídicos mais relevantes a sociedade:

O Direito Penal é formado por um conjunto de regras e princípios que integram um campo específico do ordenamento jurídico, dedicado à tutela dos bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade. É a partir desses pressupostos que se pode chegar a uma definição propriamente dita do que consiste o Direito Penal. (KHALED JÚNIOR, 2010)

Se considerarmos o artigo 5º, caput, podemos verificar que os bens jurídicos mais relevantes valorizados pelo legislador são a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, além dos demais direitos dispostos no decorrer dos incisos do referido artigo.

Em se tratando da teoria do crime e sua função social, Marques (2020) entende que esta é um dos principais alicerces do Direito Penal, sendo importante para sua melhor compreensão a obtenção de informações

A teoria do crime na verdade é o alicerce do Direito Penal, no entanto, ter conhecimentos sobre a sua origem, isto é, sua história, como também os seus principais doutrinadores, faz o sujeito cognoscível ter uma base e ter mais segurança e entendimento ao abordar os conceitos, as teorias, os caracteres e os elementos do delito.

Ainda sobre a teoria do crime, por meio do conceito analítico de crime, nos traz que o conceito de crime é a conduta típica, antijurídica e culpável, sendo esta uma das máximas dentro do direito Penal, que segundo Mendes (2015) pode ser facilmente resumida.

Em relação ao seu conteúdo formal, segundo Mendes (2015), o crime seria tudo aquilo que a lei considera como crime; em relação ao seu conteúdo material, seria tudo aquilo que a sociedade considera como sendo crime:

O crime é uma ação ou omissão humana, típica, antijurídica e culpável. Essa é uma das máximas do direito penal que corresponde ao conceito analítico de crime, que remonta ao modelo clássico Liszt-Beling-Radbruch. Mas por que conceituar o delito dessa maneira e não de outra? Muitas foram as respostas já oferecidas sobre o que seria o crime, dentre as quais se destacam: a ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena (conceito formal); ou a ação ou omissão que contraria valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com ameaça de pena (conceito material). Esses conceitos, entretanto, não ajudam em nada a tarefa de verificar no mundo dos fatos se determinadas condutas podem ou não serem consideradas crime. Basta pensar que crime seria simplesmente, no conceito formal, o que a lei diz que é ou ainda, com base no conceito material, aquilo que a sociedade considera crime

Nesse sentido, cabe a reflexão a respeito dos elementos básicos de composição do crime: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, sendo esta última a mais importante para o propósito do presente trabalho.

A tipicidade pode ser definida como um fato praticado pelo agente, que faz parte da descrição de uma infração contida em artigo de lei penal incriminadora. Esta lei penal incriminadora não precisa ser necessariamente o Código Penal, podendo ser também de legislação penal esparsa. É consequência do brocardo jurídico “não há crime sem lei”:

É a conformidade do fato praticado pelo agente com a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. Assim, para um fato ser considerado típico precisa adequar-se (subsumir-se) a conduta abstratamente descrita na lei penal. Trata-se, pois, de uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (BITTENCOURT, 2012)

A ilicitude é definida por Zumbano (2014) como uma espécie de contradição entre o ordenamento jurídico e a conduta do agente, tornando-se, portanto, este comportamento ilícito:

É a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típicas tornam-se ilícitas. Na hipótese da atipicidade, encerra-se, desde logo, qualquer indagação acerca da ilicitude. Pode-se assim dizer que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais nada, típico

Zumbano (2014) ressalta, ainda, que quando não há tipicidade, a ilicitude também não deve ser analisada, uma vez que o fato ilícito é, necessariamente, típico.

Com relação a culpabilidade, Castro (2013) entende que é um dos mais polêmicos institutos do Direito Penal brasileiro, uma vez que a não foi conceituada pelo Código Penal. Além disso, salienta-se que “a discussão repousa, sobretudo, na sua posição sistemática, se integrante do conceito de crime ou se considerada à parte, como pressuposto da pena”.

Para Castro (2013), a culpabilidade pode ser definida, inicialmente, pela noção de censura pessoal do fato típico ocorrido:

A culpabilidade deriva da noção de censura pessoal. A palavra “culpado” carrega uma carga axiológica negativa, por referir-se a um juízo de reprovação que se faz ao autor de um fato.

De acordo com conceituação de Luiz Regis Prado:

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.

Nesse sentido, Castro (2013) entende que o conceito de culpabilidade é fundado por lei, onde se exija um determinado comportamento por parte de uma pessoa e foi agido diferente. É importante lembrar que para a caracterização da culpabilidade também é necessário que este fato seja típico e antijurídico, para que não se tenha o chamado “direito penal do autor”, ou seja, para que não haja perseguição contra ninguém e o Direito Penal seja aplicável a todos, independentemente de “culpabilidade por conduta de vida”:

Do mesmo modo, consoante preceituam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “esse conceito é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”.

Cumpramos observar, destarte, que a culpabilidade refere-se a um fato praticado, que necessita ser típico e antijurídico, e não a um modo de ser ou agir, afastando-se, de logo, o chamado Direito Penal do Autor e a criação aristotélica da “culpabilidade pela conduta de vida”, segundo a qual tanto o vício quanto a virtude são voluntários, devendo ser censurado o indivíduo que se afasta da primeira.

Segundo Lima (2020), existem 3 enfoques que podem ser dadas inicialmente ao instituto da Culpabilidade. São elas: a Teoria Psicológica da Culpabilidade, a Teoria Psicológica-Normativa e a Teoria Normativa Pura.

Abordaremos mais a respeito destas teorias a fim de trazer a melhor compreensão a respeito destas teorias no entendimento do instituto da culpabilidade.

Lima (2020) traz que os adeptos da Teoria Psicológica da culpabilidade entendem a responsabilização do agente como estritamente ligada a relação entre a vontade e a previsibilidade do dano. Assim, haveria culpa quando o resultado for assumido por ele ou quando este tiver a intenção de causar o dano. O resultado assumido seria justamente em decorrência da previsibilidade do dano, sendo, portanto, o dolo e a culpa espécies de culpabilidade:

Deste modo, para os adeptos da Teoria Psicológica da Culpabilidade esta se dá em razão da responsabilidade subjetiva do agente, ou seja, da relação entre a vontade e a previsibilidade do resultado danoso, aplicando-se ao sujeito a ideia de que há “culpa” quando o resultado for por ele querido ou assumido, haja vista que era previsível que a conduta poderia acarretar um dano a outrem. Assim, o conceito de culpabilidade é a reprovabilidade da conduta em razão do nexó psíquico que se estabelece entre o autor e o fato. Tal Teoria estabelece que dolo e culpa seriam espécies de culpabilidade

Para Lima (2020), a Teoria Psicológica-Normativa da culpabilidade, por sua vez, entende que a culpabilidade deve ser analisada por meio da ideia, também, de reprovação social da conduta, para além da individualidade entre o agente e o fato criminoso.

Aqueles que aderem a Teoria Psicológico-Normativa acreditam que a culpabilidade deve ser analisada no âmbito social, e não somente na ideia individual entre agente e fato. Deste modo, passou a constituir um elemento normativo da culpabilidade a reprovação social, sendo que o dolo e a culpa passaram a ser vistos como elementos subjetivos da culpabilidade e não mais como espécies, tornando-se ainda a culpabilidade um meio de prevenção geral. Assim, o conceito dialético de culpabilidade seria a reprovabilidade da conduta do sujeito que agiu voluntariamente (dolo) ou com previsibilidade de um resultado danoso (culpa), ou seja, aqui a análise não é puramente subjetiva, levando-se em consideração além da vontade do sujeito e o fato, também a reprovabilidade social que o fato gera.

Já a Teoria Normativa Pura diz respeito a fundamentação da culpabilidade na finalidade pretendida da ação. Assim, se não havia vontade de praticar a ação, não havia culpabilidade. Para esta teoria, o dolo e a culpa não integram a culpabilidade, mas fazem parte da conduta, e os elementos da culpabilidade seriam a potencial consciência da ilicitude, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa:

Teoria Normativa Pura baseia-se na Teoria Finalista da Ação, diferentemente dos adeptos da Psicológica que se apoiam na Teoria Causal da Ação. Para essa corrente doutrinária a culpabilidade se fundamenta na finalidade da ação, de modo que se não há vontade também não haverá culpabilidade, e ainda, o dolo e a culpa não integram a culpabilidade, mas sim fazem parte da conduta (tipicidade), sendo os elementos presentes na culpabilidade a

potencial consciência de ilicitude, a imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa. (LIMA,2020)

Ainda com relação a culpabilidade, existem diversas maneiras de esta ser descaracterizada, sendo importante ressaltarmos os elementos da culpabilidade. São eles: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta adversa e a potencial consciência da ilicitude do fato.

A imputabilidade, segundo Assumpção (2018) seria a capacidade de recebimento de pena por parte do agente, e esta pode ser excluída a partir da verificação de alguns fatores, como a doença mental, a menoridade e a embriaguez acidental completa, que são as hipóteses legais estabelecidas pelo Código Penal para esta inimputabilidade:

A imputabilidade consiste na aptidão para o recebimento de pena, sendo imputável aquele a quem pode ser atribuída a responsabilidade pelo fato típico e ilícito praticado. O CP estabeleceu as hipóteses que conduziram à inimputabilidade do agente, bem como outras que não podem ser consideradas causas excludentes.

A exigibilidade de conduta adversa, por outro lado, pode ser definida como uma ação em que “o sujeito poderia ter pautado sua ação em consonância com o ordenamento jurídico e, ainda assim, optou por não fazê-lo.” (ASSUMPÇÃO, 2018).

A coação moral irresistível e a obediência hierárquica são hipóteses levantadas pela doutrina para a chamada “inexigibilidade de conduta adversa”, ou seja, a hipótese que poderia ensejar na exclusão da culpabilidade do agente.

Já o potencial conhecimento da ilicitude do fato diz respeito a

Para que haja o juízo de reprovação é preciso que o autor conheça ou possa conhecer as circunstâncias que conferem caráter de ilicitude ao fato. Nesse viés, comprovada a ausência de conhecimento acerca do caráter proibitivo da norma penal, o agente incorrerá no chamado erro de proibição, o qual, se inevitável, excluirá a culpabilidade; sendo evitável, poderá diminuir a reprimenda de um sexto a um terço (ASSUMPÇÃO, 2018)

Segundo Santos (2017) existem inúmeras teorias que tratam a respeito da explicação Estado de Necessidade dentro das ciências jurídicas. Ao longo de seu trabalho, houve o enfoque dado as teorias unitária e diferenciadora, de maneira que procurou-se explicar em detalhes maiores as diferenças entre estas teorias:

Quatro são as teorias que definem o estado de necessidade: a unitária, a diferenciadora, a teoria da equidade e a teoria da escola positiva. Serão tratadas as duas primeiras.

Para a teoria unitária, exclui a ilicitude do ato, quando se sacrifica um bem jurídico de valor igual ou inferior ao preservado. Caso a lesão

seja a bem jurídico de valor superior, subsiste o crime, sendo possível uma redução da pena de um a dois terços, nos termos art. 24, § 2º. Essa é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro.

A teoria diferenciadora (derivada do direito penal alemão), subdivide o estado de necessidade em dois tipos: o estado de necessidade justificante e o estado de necessidade exculpante, posto que este exclui a culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, e aquele a exclui a ilicitude propriamente dita. Nesse sentido, no estado de necessidade justificante, há sacrifício de bem jurídico de valor inferior em detrimento de outro de maior relevância, enquanto no estado de necessidade exculpante, o bem sacrificado possui valor igual ou superior ao resguardado.

Segundo Mameluke (2019) existem dois sentidos diferentes dados ao estado de necessidade. O primeiro sentido seria que a fatalidade é algo invencível, ou seja, onde não seria possível deixar de praticar aquele ato. Já o segundo sentido seria quando este fato se apresenta de maneira relativa, onde se poderia escapar daquela situação, ou seja, agir de maneira diferente:

Felix Marchand, ao definir o estado de necessidade, pondera que a palavra *necessitas*, em latim, exprime duas ideias análogas, dois sentidos diferentes de uma mesma ideia, ou seja, tanto a fatalidade quanto a violência. A primeira é invencível, mas a segunda não, e quando a necessidade nos assola de uma forma absoluta é impossível se furtar à sua ação, ao passo que, quando se apresenta de forma relativa, não é difícil de se lhe escapar

3 “THE PLATAFORM”, AS DESIGUALDADES SOCIAIS E O ESTADO DE NECESSIDADE: UMA ANÁLISE DA TEORIA DIFERENCIADORA

Após estas breves considerações acerca da globalização, desigualdades sociais e como estas podem ter papel predominante em atos criminosos, pretende-se discutir a utilização da arte como mecanismo útil na apreciação científica, tomando como principal enfoque o uso de obras cinematográficas em âmbito acadêmico.

Uma vez que o filme “The Plataform” se trata de uma película com extensas cenas de cometimentos de ilícitos na busca pela sobrevivência de cada um dos presos naquela situação precária da prisão retratada pelo filme, cabe a sua análise frente a teoria diferenciadora do Estado de Necessidade, que poderia abarcar alguns dos atos que foram cometidos pelo personagem principal na ânsia de conseguir sair daquela situação.

Para Carvalho (2009), a aproximação da academia com abordagens que advém de recursos cinematográficos, como as análises de filmes, é um fenômeno recente. Hoje, o autor entende que a dimensão narrativa vem ganhando espaço, com sua posterior vinculação acadêmica:

Como em outras partes do mundo, a dimensão narrativa tem sido bastante privilegiada nos estudos acadêmicos brasileiros. A narrativa, parece se configurar como um esteio mais sólido para posteriores vinculações com disciplinas acadêmicas que priorizam certa coerência teórico-metodológica. Não apenas porque se encontram na maciça maioria dos filmes produzidos até hoje, como ao mesmo tempo evitam a necessidade de se criar estratégias distintas para a análise de filmes que igualmente requeiram abordagens que privilegiem outros tipos de interpretação

Carvalho (2009) atenta, ainda, para alguns equívocos cometidos pelos acadêmicos em seu entendimento: a utilização da obra apenas como acessório, mero exemplo, não se importando em realmente a tomar como ponto de partida para a discussão de questões relevantes dentro da pesquisa:

Uma questão fundamental é qual abordagem se pretende traçar entre a análise acadêmica e o seu objeto de estudo, que são produções audiovisuais. Existe uma recente produção de teses acadêmicas e livros publicados sobre o cinema brasileiro ou mesmo mundial que tem contemplado tais filmes como mero “acessório” para a discussão de temas das disciplinas em questão. Pode-se, por exemplo, refletir sobre experiência dos campos de concentração e extermínio partindo de polêmicos filmes como Shoah (1985), de Claude Lanzmann, ou discutir a colonização alemã e seus vínculos com o nacional-socialismo através do filme Aleluia, Gretchen (1976), de Sílvio Back. Trata-se de uma opção válida como, aliás, a de qualquer outra temática que porventura desperte os interesses do historiador e do sociólogo, seja a prostituição, as relações entre imprensa e política em determinada época ou a memória de uma determinada comunidade. Porém, injusta quanto ao material que dispôs como referência, já que toda obra artística possui seu campo de autonomia, com regras próprias. Nesse sentido, não leva em conta uma já longa tradição de crescente autonomização do campo artístico e seus segmentos, como apontada por Bourdieu (1974, p. 192)

(...)

Faz-se importante pensar uma abordagem que leve em conta tal autonomia. No caso do cinema, como de outras manifestações artísticas, tal autonomia é caracterizada igualmente por Bourdieu pelo surgimento de academias, de instituições e de uma crítica, de apreciadores, assim como de um universo em que a construção formal das obras não só será um fator que proporcionará o diferencial simbólico, em termos de status cultural, como igualmente um elemento de extrema relevância para a própria compreensão da obra em si.

Demonstrada a influência das desigualdades sociais em atos penalmente relevantes e como o uso de obras cinematográficas pode auxiliar no entendimento de conceitos abstratos dentro da aprendizagem, pretende-se demonstrar a relevância da obra cinematográfica “The Plataform” para a compreensão do fenômeno da influência das desigualdades sociais em atos criminosos.

Com a edição do presente artigo, objetiva-se utilizar o filme “The Plataform” e sua análise de forma a melhor ilustrar o estado de necessidade e sua teoria diferenciadora, porém observadas as ressalvas feitas por Carvalho (2009): a abordagem do trabalho levará em conta a autonomia do filme, utilizando os conceitos apreendidos no artigo científico objetivando também a compreensão da própria obra, com a inclusão da discussão de conceitos a ela pertinentes, como as desigualdades sociais, a crítica aos sistemas capitalista e socialista, entre outros.

Na obra, somos apresentados ao personagem Goreng, que está em uma prisão com uma dinâmica singular: uma vez ao dia, uma grande plataforma com comida desce para alimentar os presos, onde a comida que desce a cada nível seria o que sobrou do nível anterior. Desta forma, mesmo com a fartura aparente nas imagens do início do filme, ao estacionar a plataforma de comida em níveis mais baixos, não haveria mais comida suficiente para todos os presos.

Tal situação leva a atos extremos de violência e até de canibalismo por parte dos presos em alguns níveis desta pirâmide social, uma vez que os presos no mais alto nível podem comer à vontade - de forma até insaciável – levando ao esgotamento de recursos.

Ao expor a degradação humana em ambientes de desigualdades sociais, o filme demonstra como os crimes (homicídio e outros atos de violência) ali cometidos estão diretamente relacionados a estas desigualdades vivenciadas pelos presos, convergindo, portanto, ao entendimento de Medeiros (2006).

Goreng e um colega de cela, após um tempo, tentam descer até os mais fundos níveis do “poço”, por meio da plataforma que lhe levava comida aos presos, com o objetivo de tentar oferecer a todos (ou pelo menos para a maioria) uma porção de comida.

Para isso, ele e o seu colega de cena se viram obrigados a se utilizar de graves ameaças e por vezes até atos de violência para conter os impulsos de alguns dos presos, que os atacaram quando estavam nos níveis cada vez menores do “poço” e com cada vez menos recursos.

Nesse sentido, cabe trabalharmos a respeito da teoria diferenciadora do Estado de Necessidade para que o leitor consiga proceder a análise destes atos por parte de Goreng, que sacrificou bens jurídicos menores para salvar a si e a seu amigo.

A teoria diferenciadora do Estado de Necessidade teve origem dentro do Direito Alemão, a partir de algumas hipóteses muito restritivas do Estado de Necessidade, permitindo o sacrifício de bens de menor valor juridicamente relevante em detrimento de salvar um bem (no caso, um direito ou garantia legal) de valor jurídico considerado como maior, a partir da ponderação do caso em questão:

Para melhor compreensão, mister se faz ressaltar o Código Alemão, mencionado pelos doutrinadores Francisco de Assis Toledo (1994, p177) e Damásio E. De Jesus (1997, p.365), onde o revogado § 54 do Código Penal alemão cuidava de algumas hipóteses muito restritas de estado de necessidade (ato não culposo, necessário, praticado para salvar de perigo atual o corpo ou a vida do próprio agente ou de um paciente). Isso levou a doutrina e a jurisprudência daquele país, diante de casos concretos insolúveis perante o dispositivo mencionado, a construir, sob a influência de idéias, o estado de necessidade justificante “supralegal”, apoiando no princípio da ponderação de bens e deveres, pelo qual, diante de perigo iminente, inevitável, não provocado, o indivíduo, para salvar um bem de valor superior, pode sacrificar o de valor inferior, desde que, seja a única forma de salvação do primeiro. Faz-se a ponderação dos bens e deveres em conflito o que for reputado de menor valor pode ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor. (LICASTRO, 2014)

Segundo Licastro (2014), a jurisprudência alemã foi quem consagrou a teoria diferenciadora do direito penal, onde havia a previsão de duas formas básicas de Estado de Necessidade:

Com efeito, a jurisprudência alemã passou a admitir, com ou sem lei, a exclusão da antijuricidade em determinadas situações de estado de necessidade e, com isso, consagrou a denominada “teoria diferenciadora”, que acolhia as duas formas básicas do estado de necessidade, mais tarde incorporadas ao texto ora em vigor do StGB (§ 34 e 35, isto é, o estado de necessidade justificante (excludente da ilicitude) e o estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade).

O estado de necessidade justificante seria o ato de afastar o perigo inevitável para outro bem jurídico, se aquele bem jurídico é maior do que o outro que é sacrificado. Já o estado de necessidade exculpante seria quando o agente comete um ilícito para afastar perigo não evitável:

O primeiro se configura quando o agente comete o ato para afastar, de si ou de outrem, perigo inevitável para a um outro bem jurídico, se, na ponderação dos interesses conflitantes, o interesse protegido sobrepujar sensivelmente aquele que foi sacrificado pelo ato necessário. O segundo se verifica quando o agente realiza uma ação ilícita, para afastar de si, de um parente ou de uma pessoa que lhe é próxima, perigo não-evitável, por outro meio, para o corpo, para a vida ou para a liberdade, excluída a hipótese em que o mesmo agente esteja obrigado, por uma especial relação jurídica, a suportar tal perigo e também a de que este último tenha sido por ele provocado. (LICASTRO, 2014)

Segundo Silva (2020) o estado de necessidade exculpante é causa supralegal de exclusão da culpabilidade, sendo considerado pelo autor como uma maneira de o direito e a doutrina vigentes serem mais “empáticos” a solução de casos reais:

O estado de necessidade exculpante, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, tema do qual se falará logo a seguir, parece representar bem o ideal de realização do direito que acaba de ser exposto, pois, além de constituir um “antecedente” que se transmudou para as gerações subsequentes como “conhecimento disponível”, resultou de um pensar diferente, menos hermético e mais empático – exterior ao “nível de pensar” o Direito então vigente. É fruto de construção doutrinária e da atuação pretoriana, na busca de solução de um caso real,¹² para atender reclamos da sociedade acerca de um problema recorrente para o qual a lei não apresentava solução, e sem que se pudesse falar, como entendem os jusnaturalistas, em derrogação da ordem jurídica; pois o Direito, nesse caso, não se fez ausente, apenas acomodou-se “dentro dos limites das possibilidades humanas, para manter-se eficaz, sob pena de normativizar paradoxalmente, alheio à realidade social

Assim, por meio da leitura da bibliografia trazida e assistindo ao filme, podemos verificar que os atos de Goreng e seu colega seriam abarcados pela teoria diferenciadora do Estado de Necessidade, uma vez que em alguns desses atos são sacrificados bens jurídicos de menor relevância em prol do salvamento de vidas, que estão hierarquicamente preponderantes a outros direitos.

Nem todos os atos cometidos pelos demais presos e colegas de cela de Goreng, no entanto, poderiam ser enquadrados dentro desta perspectiva, uma vez que é necessário que o valor jurídico do bem sacrificado seja menor que o que se pretendia salvar.

Logo, entende-se que mesmo o cometimento de ato ilícito deve ser pautado para salvar um bem jurídico que esteja em perigo, não podendo o agente “atacar sem ser atacado”, tal como ocorre em inúmeras ocasiões no decorrer do filme por parte de outros presos.

CONCLUSÃO

As desigualdades sociais, conforme demonstrado no decorrer do artigo, podem ser a principal causa para enormes abismos sociais, que trazem males tais como os atos de violência que podemos verificar em algumas situações como os constantes roubos, latrocínios e demais crimes que podem terminar em consequências graves, tais como homicídios, por exemplo, que ocorrem em nosso dia a dia.

Não procura-se, no presente texto, associar necessariamente a situação de pobreza e desigualdade social como únicas causas possivelmente originárias de violência: o que se pretendeu foi justamente demonstrar como os abismos sociais e tão contrastantes, se fossem diminuídos, são fontes de melhora nas perspectivas econômicas e sociais de todo o país,

diminuindo também a violência endêmica de regiões que contém inúmeros outros problemas sociais.

Por esse motivo, utilizou-se o exemplo do filme, visto que por meio de sua visualização, foi possível obter uma visão ampla e metafórica a respeito da maneira que agem as desigualdades sociais, não tão somente no Brasil, mas também em outros países do mundo.

Em situações de falta de comida, tais como a que se pôde evidenciar no filme para as camadas mais fundas do “poço”, os presos ficavam cada vez mais agressivos, brigando entre si para verificar quem conseguiria comer naquele dia, sendo visível a prevalência da “lei do mais forte”, uma espécie de situação animaléscas, onde somente aquele que fosse mais esperto ou mais forte conseguia sobreviver aos dias e contar um mês para ser transferido aleatoriamente para outro andar da prisão.

Assim, o filme “The Platform” trouxe interessantes contribuições para o melhor entendimento e análise da teoria diferenciadora da excludente Estado de Necessidade, de maneira que a referência cinematográfica contida neste trabalho pode ser utilizado como um exercício de imaginação das situações em que se poderia fazer uma análise quanto a culpabilidade dos agentes envolvidos nos atos de violência e demais ilícitos ocorridos durante o decorrer da película.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUMPÇÃO, V. **Direito Penal: Parte Geral**. 4^o edição. Editora Juspodivm, 2018.
Disponível em:
<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/b9912b31ee5f432d9e3fe39d13b0f96a.pdf>

BITENCOURT, C R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CARVALHO, C V. **O cinema como objeto de estudo acadêmico**. POLÍTICA & TRABALHO Revista de Ciências Sociais n. 31 setembro de 2009 - p. 197-211.

CASTRO, M B. **A culpabilidade no Direito Penal brasileiro**. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/59535/o-estado-de-necessidade-no-direito-penal-brasileiro>

KHALED JÚNIOR, S H. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/introducao-aos-fundamentos-do-direito-penal/>

LICASTRO, R A. **Estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante. Teoria unitária e teoria diferenciada**. Disponível em:
<https://raullica.jusbrasil.com.br/artigos/177527010/estado-de-necessidade-justificante-e-estado-de-necessidade-exculpante-teoria-unitaria-e-teoria-diferenciada>

LIMA, D N. **O Estado de Necessidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/3665/3423>

MAMELUQUE, L. **Aspectos gerais do estado de necessidade no direito penal.** Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/159/130>

MARQUES, M R. **A teoria do crime.** Disponível em:
<http://fdc.br/Artigos/..%5C%5CArquivos%5CArtigos%5C19%5CATEoriaCrime.pdf>

MEDEIROS, A S. **Conexões sociológicas entre questão social e questão criminal: desigualdades, segregação sócio espacial e delinquência em Porto Alegre (2000-2003).** Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

MENDES, A P T. **Direito Penal Geral.** Disponível em:
https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_geral_2015-2.pdf

PRADO, L C D. **Globalização: notas sobre um conceito controverso.** Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia, 2003.

SILVA, W L. **Estado de necessidade exculpante.** Disponível em:
https://mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/estado_de_necessidade_exculpante_-_waldemir_leao_0.pdf

THERBORN, G. **Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento.** Sociologias, Porto Alegre, ano 3, nº 6, jul/dez 2001, p. 122-169

ZUMBANO, V. **Ilicitude: estudos básicos sobre o assunto.** Disponível em:
<https://victorzumbano.jusbrasil.com.br/artigos/175897391/ilicitude>

O EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUA APLICABILIDADE EM ÉPOCA DE CALAMIDADE PÚBLICA

GEOVANNA COELHO FONSECA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO

(Orientador)103

RESUMO: O presente estudo objetiva examinar a aplicabilidade do empréstimo compulsório no ordenamento jurídico pátrio. Entende-se que o empréstimo compulsório está regulamentado no art. 15 do CTN e 148 da CF, e tem como objetivo atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência. Tendo em vista que o empréstimo é feito em casos urgentes e de relevante interesse nacional, o estudo se justifica ante a atual realidade, caracterizada por uma grave pandemia (COVID-19) que, até o presente momento, levou mais de cento e trinta mil brasileiros ao óbito em menos de seis meses. Tendo em vista o momento em que o mundo está enfrentando com a pandemia, necessitando de grande estrutura na saúde pública para atender a população tanto na prevenção quanto no tratamento do COVID-19, surge o questionamento: A União terá orçamento para manter as despesas ou será necessário a referida instituição tributária afim de mantermos a saúde orçamentária do País? Por todo o exposto, é possível, nos termos da legislação em vigor, a implementação de empréstimo compulsório no caso de pandemias graves, entre as quase a do Covid-19. Isso porque a pandemia em tela denota calamidade pública, ensejando na possibilidade do instituição emergencial do citado instituto tributário. Não obstante, tal análise é restrita ao campo do direito tributário. Sugere-se, desse modo, que os vindouros estudos busquem analisar as consequências econômicas da implementação de empréstimo compulsório.

Palavras-Chave: COVID-19. Empréstimos compulsórios. Tributos.

ABSTRACT: Or to present an objective study to analyze the applicability of the compulsory loan not a patriotic legal order. I understand that the compulsory loan is regulated by art. 15 from the CTN and 148 from the CF, whose objective is to respond to extraordinary lamentations, due to public calamity, external war or its imminence. I have in mind that either a loan is made in urgent cases and of relevant national interest, or that it is justified in view of the current reality, characterized by a serious pandemic (COVID-19) which, in the present or in the present moment, has increased more than one cent and three thousand Brazilians died in less than six months. I have in mind or at the moment that the world is facing a pandemic, needing a great public health structure to serve the population, both in the prevention and not in the treatment of COVID-19, a question arises: Will this tax institution

103Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (2005), Especialização em: Direito Constitucional (2007), e em Direito Tributário (2009), ambos pela Fundação Universidade do Tocantins. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013). Atualmente é Auditor Fiscal da Receita Estadual do Estado do Tocantins.

be necessary to maintaining the country's health? This is because a tissue pandemic denotes a public calamity, showing the possibility of an emergency institution of that tax institute. However, this analysis is restricted to the area of direct taxation. In any case, suggest that you study them to analyze the economic consequences of implementing the mandatory loan.

Keywords: Taxes. Compulsory loans. COVID-19

1. INTRODUÇÃO

O artigo 5º do Código Tributário Nacional identifica três espécies de tributos, sendo elas: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Porém, os artigos 148 e 149 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB acrescentam mais duas espécies de tributos, que são: o empréstimo compulsório e as contribuições especiais.

Os empréstimos compulsórios criados para custear incidências de guerra ou calamidade pública deverão ter incidência imediata, o mesmo não ocorre com o custeio de investimentos públicos urgentes que atendem a um relevante interesse Nacional, observado o disposto no art. 150, I, b (Princípio da anterioridade, o tributo somente poderá ser cobrado no exercício financeiro seguinte à sua instituição.

O empréstimo compulsório não possui fato gerador próprio, nem pré-definido. Quando a União instituir, escolherá livremente qual será o fato gerador da obrigação de pagar o tributo, podendo ser uma situação vinculada a uma atividade estatal específica relativa à pessoa do contribuinte, ou uma situação vinculada ao contribuinte que revele capacidade econômica. É o ente tributante (União) que escolhe o fato gerador, mas somente pode exercitar a competência tributária e criar o empréstimo compulsório se presente uma das situações indicadas na CRFB.

O empréstimo compulsório trata-se de um tributo pelo qual o Estado impõe ao contribuinte uma certa quantia em dinheiro ao poder público e cuja devolução é obrigatória em data estipulada pelo próprio poder. Dentre os argumentos por considerar o Empréstimo Compulsório tributos destacamos primeiramente que, a CRFB, depois de alteração da E.C. n. 42, se refere, em seu artigo 150, §1, ao artigo 148 como tributo.

No artigo 148 – A União, mediante lei complementar, poderá instituir Empréstimo Compulsório: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no Art. 150, III, (b).

Tendo em vista o momento em que o mundo está enfrentando com a pandemia, necessitando de grande estrutura na saúde pública para atender a população tanto na prevenção quanto no tratamento do COVID-19, surge o questionamento: A União terá orçamento para manter as despesas ou será necessário a referida instituição tributária afim de mantermos a saúde orçamentária do País? A abordagem será realizada de forma qualitativa, aliando dados e fatos levantados. O método utilizado será o hipotético-dedutivo no qual se baseia em estabelecer hipóteses e criar soluções para esse problema. Quanto ao procedimento de pesquisa, será utilizado o bibliográfico e documental.

2. OS TRIBUTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE AS FONTES DE RECEITA PÚBLICA

No Egito Antigo, os cobradores de impostos eram chamados de *escribas*. Durante certo período da história egípcia, os escribas impuseram uma cobrança tributária sobre o óleo de cozinha, a medida visava fazer com que os cobradores de impostos fossem nas casas dos egípcios para verificar outras questões que pudessem ser passíveis de impostos.

De acordo com Carvalho Filho (2019, p. 13), “em tempos de guerra, os atenienses impuseram um imposto chamado de *eisphora*”. Nenhum cidadão ateniense ficou isento do imposto que foi usado para pagar as despesas decorrentes das diversas guerras existentes na época. Era, assim, uma espécie de imposto de guerra. No entanto, assim que acabava a emergência, cessava o imposto da guerra. Em Atenas, os estrangeiros também deveriam pagar impostos, se bem que específicos para esse grupo social.

Os primeiros impostos em Roma eram pertinentes à importação e exportação. *O governante* César Augusto foi um brilhante estrategista fiscal do Império Romano. Durante o seu reinado como primeiro cidadão do Império, as cidades receberam a responsabilidade de cobrança de impostos (CARVALHO FILHO, 2019).

César Augusto instituiu um imposto sobre herança para fornecer fundos de aposentadoria para os militares, responsáveis pelas extensas conquistas do Império. Para se ter uma noção mais clara, o apóstolo Mateus era um publicano, nome dado pelos romanos aos cobradores de impostos, de Cafarnaum durante o reinado de César Augusto. O santo era um dos que prestavam serviços ao Império na cobrança de impostos e execução dos bens daqueles que deviam à César.

Na queda do Império Romano, os saxões impuseram impostos na terra e propriedade de certas regiões conquistadas por aqueles povos. Os reis também impuseram direitos aduaneiros substanciais aos conquistadores. Os anos de guerra 100 (o conflito entre Inglaterra e França), começou em 1337 e terminou em 1453. Um dos principais fatores que novos combates em 1369 foi a rebelião dos nobres nas políticas fiscais opressivas de Edward, o Príncipe Negro. (ALEXANDRE, 2017).

Nota-se que várias guerras foram travadas, ao longo da história mundial no sentido de lutar por impostos mais justos.

2.2 ESPÉCIES DE TRIBUTOS

Quanto a sua divisão, os tributos, conforme inteligências do artigo 5º do Código Tributário Nacional (STN) podem ser divididos em impostos, taxas e contribuições de melhoria.

2.2.1 Impostos

Os impostos consistem, de acordo com o artigo 16 Código Tributário Nacional, em tributo que tem por obrigação, pertinente ao fato gerador, um fato independente de qualquer tipo de ação estatal específica àquele que contribui. Assim, o imposto ocorre

independentemente de atividade específica da Administração Pública em favor do contribuinte. São classificados em impostos diretos ou indiretos. O imposto direto ocorre quando a pessoa que paga é a mesma que recolhe o mesmo aos cofres públicos, ocorre n imposto de renda quando a pessoa paga direto da fonte de pagamento.

No imposto indireto, que tem por maior exemplo o ICMS, o contribuinte, ao comprar um produto ou serviço, indiretamente paga pelo imposto, o qual está acoplado ao preço dos bens e serviços adquiridos (MACHADO, 2019).

Desse modo, enquanto o imposto direto incide sobre a renda do contribuinte, o indireto ocorre tendo por base o produto ou serviço.

Quanto aos tipos de impostos, no âmbito federal, estadual e municipal, o Código Tributário Nacional arrola os seguintes: Imposto Sobre a Importação; Imposto Sobre a Exportação; Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural; Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos; Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza; Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Imposto Estadual sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICMS); Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF); Imposto sobre Serviços de Transportes e Comunicações; Imposto sobre Operações Relativas a Combustíveis, Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais do País e Impostos Extraordinários (chamado de Imposto da Guerra).

De acordo com Alexandre (2017, p. 16), a divisão de tributos é fundamental no sentido de se compreender a importância de cada um dos impostos para a organização do Estado.

O Imposto Sobre a Importação, de acordo com o artigo 19 do Código Tributário Nacional - CTN, de competência da União, tem como fato gerador a entrada de produtos estrangeiros no território nacional. O contribuinte, conforme artigo 22, será o importador, ou equiparado, e o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados. O Imposto Sobre a Exportação, por sua vez, de competência da união, incidirá sobre os produtos nacionais ou nacionalizados que saem do território nacional, conforme explicitado pelo artigo 23 do CTN. O exportador será o contribuinte do imposto, por força do artigo 27 (ALEXANDRE, 2017).

O Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural, por seu turno e de acordo com artigo 29 do CTN, possui a propriedade como fato gerador, seja localizado em zona rural ou urbana. No artigo 31 explana que o contribuinte é o proprietário/titular ou possuidor por qualquer título do imóvel O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), de competência municipal, é previsto no artigo 32 do CTN, possui a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel, como fato gerador, podendo ser localizado na zona rural ou urbana. O proprietário do imóvel, possuidor ou titular de seu domínio, é o contribuinte, conforme artigo 34 (CARVALHO FILHO, 2019).

Por outro prisma, o Imposto sobre a Transmissão de Bens imóveis e de Direitos a eles Relativos, de acordo com o artigo 35 do CTN, que têm os estados como arrecadadores, diz respeito às transmissões, seja por venda, doação ou outra modalidade, de bens imóveis. O

contribuinte, conforme inteligência do artigo 42, é qualquer das partes da operação, conforme explicitado em lei. O Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, de alçada estadual, incidirá, por força do artigo 43 do CTN, nos proventos de qualquer natureza, com alíquota proporcional aos ganhos. O contribuinte, conforme artigo 45, é o titular da renda (CARVALHO FILHO, 2019).

O Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), de competência da União, incide, conforme mencionado no artigo 47 do CTN, nos produtos que “ sidosubmetidos a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.” O Contribuinte, de acordo com o artigo 51, poderá ser o importador, industrial, comerciante arrematante ou equiparados.

O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF), também de competência da união conforme determinação do artigo 63 do CTN, ocorrerá em operações financeiras, tais como câmbio, crédito, seguro (tais como de vida, automóveis, entre outros) e operações pertinentes a valores mobiliários. O artigo 66 estabelece que, de acordo com disposição legal, qualquer das partes da operação poderá ser o contribuinte (MACHADO, 2019).

O Imposto sobre Serviços de Transportes e Comunicações incidirá sobre a prestação de serviços de transporte e comunicação, nos termos do artigo 68 do CTN. O prestador de serviço será o contribuinte (artigo 70) (CARVALHO FILHO, 2019).

O Imposto sobre Operações Relativas a Combustíveis, Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais do País terá como fato gerador a produção, importação, circulação, distribuição, consumo dos gêneros descritos em seu título (artigo 74 do CTN).

Por fim, nos casos de guerra, a União poderá instituir, provisoriamente, impostos extraordinários com o fito de custear as campanhas militares, e equiparados, e suas respectivas despesas de combate, nos termos do artigo 76 do CTN.

Isso devido ao fato da guerra ser, em tese, temporária, raríssima, devido à diplomacia eficaz e à solução pacífica dos conflitos preceituada pela Carta Magna, e não prevista nos demais impostos.

2.2.2 Taxas (poder de polícia e serviços públicos)

As taxas, previstas no artigo 77 do Código Tributário Nacional – CTN, são cobradas pela União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, possui o poder de polícia ou o serviço público como fato gerador, sendo este último prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Em suma: as taxas ocorrem em virtude do poder de polícia ou da prestação de serviços públicos.

O poder de polícia, de acordo com o artigo 78 do CTN (1966) é :

atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à

higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Conforme exposto, o poder de polícia é decorrente da própria atividade da Administração Pública que, em prol do bem comum e do Direito, busca disciplinar situações concernentes à segurança, higiene, ordem costumes, entre outros. Não é, ao contrário do que o senso comum pode imaginar, uma atividade exclusiva da força policial, sendo abrangida para toda e qualquer fiscalização desenvolvida pela Administração.

No âmbito do Direito Tributário, consideram-se serviços públicos os utilizados pelo contribuinte de forma efetiva à qualquer título; potencialmente, quando de forma compulsória e estejam à disposição (tais como a coleta de lixo ou iluminação pública), nos termos do artigo 79 do CTN (1966).

Assim, conforme Hugo de Brito Machado: “ O essencial, na taxa, é a referibilidade da atividade estatal ao obrigado. A atuação estatal que constitui fato gerador da taxa há de ser relativa ao sujeito passivo desta, e não à coletividade em geral” (MACHADO, 2019, p. 269).

Alexandre de Moraes lembra que: “a característica essencial das taxas é a existência de uma atividade estatal específica e divisível, ou seja, há a necessidade de o serviço realizado trazer, em tese, benefício [...] ao contribuinte, mesmo que não o utilize” (MORAIS, 2016, p. 771)

Nota-se que, ao contrário dos impostos que incidem sem um motivo concreto, mas abstrato, as taxas ocorrem em virtude de ação estatal, no poder de polícia ou no desempenho de serviços públicos, conforme já realçado.

2.2.3 Contribuições de melhoria

Em linhas gerais, as Contribuições de melhoria ocorrem quando o Estado, ao desempenhar determinada atividade pública, ocasiona em valorização do imóvel do contribuinte. Seu fato gerador, nesse sentido, é a valorização do imóvel.

Conforme o artigo 81 do CTN poderá ser cobrada tanto pela União, Estados, Municípios ou Distrito Federal. O artigo 82 estabelece algumas regras para que ocorra essa forma de tributo. Sua base de cálculo, desse modo, deverá corresponder à diferença entre o valor do imóvel antes e após a benfeitoria pública. No entanto, caso não haja valorização, não poderá ocorrer a Contribuição de Melhoria, tornando impossível a exigência desse tributo. (MORAIS, 2016).

Com isso, a valorização imobiliária é requisito essencial. Por essa razão pode-se dizer que esse tipo de tributo possui caráter, ao menos no sentido gramatical, indenizatório.

Os empréstimos compulsórios serão abordados mais adiante, por se tratar de tema do presente estudo.

3 O EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUA APLICABILIDADE EM ÉPOCA DE PANDEMIA

Os orçamentos consistem em dados que permitem a efetivação dos gastos públicos. Consistem em procedimentos inerentes ao planejamento destes gastos, em obediência aos ditames de um plano orquestrado pelo Poder Público, seguindo metas e providências anteriormente debatidas, e que deve ser obedecidos, qualquer que seja a plataforma de governo, se federal, estadual ou municipal.

Segundo os ensinamentos de Slomski:

O orçamento público é uma lei de iniciativa do Poder Executivo que estabelece as políticas públicas para o exercício a que se referir; terá como base o plano plurianual e será elaborado respeitando-se a lei de diretrizes orçamentárias aprovada pelo Poder Legislativo. (SLOMSKI, 2010, p. 213)

O orçamento é, desse modo, uma lei elaborada pelo Poder Executivo, que deve passar pelos tramites e aprovação do Poder Legislativo, com o fulcro de estabelecer as políticas a serem desenvolvidas pelo Poder Público em certo lapso temporal, entendido como exercício financeiro, e deverá ser adstrito com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

O orçamento deverá expressar o programa do governo em cada período orçamentário, entendido como o prazo de um ano, sendo instrumento necessário para a efetivação das ações da Administração Pública. Angélico define o orçamento público como “um programa de trabalho do Poder Executivo. Programa que contém planos de custeio dos serviços públicos, planos de investimento, de inversões e, ainda, planos de obtenção de recursos”. (ANGÉLICO, 2017, p. 21)

Para José Afonso da Silva:

o orçamento é o processo, é o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro (SILVA, 2017, p. 703)

Em linhas gerais, o orçamento público, diante do exposto, incide no planejamento daquilo que o Poder Público tem a granjear diante os investimentos e outras despesas do Poder Público. O orçamento, por oportuno, deverá ser aprovado pelo Poder Legislativo, na forma da lei. O orçamento público é perpetrado pelo Poder Público como mecanismo de idealização e planejamento das ações que objetivam alcançar a situação almejada, qual seja, o bem estar de toda a coletividade. Para tanto são cogentes elaborações de planos que contemplem situações objetivadas para um certo período de tempo partindo de uma análise da situação atual. (SIMÕES, 2014)

Atualmente, o procedimento orçamentário está explicitado na Carta Magna de 1988, a qual prevê o sistema orçamentário constituído pela publicação de um plano plurianual, das

diretrizes orçamentárias e, também, orçamento anual, atos associados com o escopo de criar um procedimento de planejamento orçamentário. (SANTOS, 2010)

Há situações, não obstante, em que o planejamento orçamentário poderá ser gravemente prejudicado. Tais fatos são vinculados a guerras ou calamidades. Nesse contexto, empréstimo compulsório é considerado um tributo, e consiste na tomada compulsória de certa quantidade em dinheiro do contribuinte a título de empréstimo, para que seja resgatado em certo prazo, nos termos da lei.

No caso da calamidade pública, cite-se que o COVID-19 matou mais de cento e sessenta mil brasileiros, denotando um intenso caos na saúde pública e no orçamento pátrio. Inclusive, várias legislações estaduais e federais eclodem nesse sentido. A título de exemplo, cite-se o Decreto Legislativo do Senado Federal nº 6 de 2020, o qual estabelece que:

Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Segundo o art. 15 do CTN a lei que instituir o empréstimo compulsório deverá fixar o prazo e as condições para o seu resgate. O princípio da anterioridade é especificamente tributário, já que se projeta, apenas, no campo da tributação.

Este princípio está contido no art. 150, III, “b”, da CRFB.

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios...

III – cobrar tributos

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).”

No empréstimo compulsório das hipóteses permissivas, apenas uma obedecerá o princípio de anterioridade, que é o investimento público e de caráter urgente e de relevante interesse nacional. A calamidade pública decorrida do coronavírus não obedecerá esse princípio por se tratar de fatos que precisam de urgência não podendo esperar o prazo de 90 dias por exemplo.

Empréstimos compulsórios são pela sua natureza e por determinação legal restituíveis, o que de certa forma incompatibiliza o instituto com a definição de tributo, haja vista tratar-se o tributo de forma de ingresso público na modalidade receita. Os empréstimos compulsórios, instituídos mediante lei complementar, serão instituídos pela União, sendo vedada essa prerrogativa aos demais entes federativos, nos casos excepcionais de guerras externas (ficando de fora as guerras civis) ou em seu prenúncio; calamidades públicas que exijam auxílio da união impossível de ser angariado pelos recursos orçamentários existentes e conjuntura que exija absolvição provisória de poder aquisitivo, conforme artigo 15 do CTN. (BRASIL, 1966)

Conforme o parágrafo único do mencionado artigo, a lei que instituiu o empréstimo compulsório deverá explicitar as condições de seu resgate, nos termos do Código Tributário Nacional. As contribuições sociais, também de competência da União em instituir, ocorrem por intermédio da intervenção do domínio econômico e no interesse de categorias profissionais ou econômicas. Estão previstas no artigo 149 da CRFB.

Determina ainda a constituição que o resultado da arrecadação do empréstimo deve estar afetado à despesa que fundamentou a sua instituição, quero dizer, se o empréstimo compulsório for instituído, por exemplo, com fulcro no inc. I do Art. 148 CRFB, a receita desse empréstimo deve ser aplicada para o custeio das despesas extraordinárias resultantes dessa circunstância. Portanto, temos que a vinculação de sua receita é elemento estrutural e seu descumprimento pode acarretar a inconstitucionalidade de todo tributo.

Conforme explicitado no art. 148 da Constituição vigente determina ser de competência exclusiva da União o poder de instituir e regulamentar os empréstimos compulsórios, razão única pela qual o gravame em estudo não se encontra elencado dentre as demais formas de tributação previstas no art. 145 da CRFB, posto que tal artigo enumere apenas as espécies tributária de competência comum dos estados, municípios e união, o que não é o caso do instituto em análise. A união, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I – Para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II – No caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

Ante o exposto, e considerando as características do empréstimo compulsório, supra explicitadas, verifica-se que é possível, nos termos da legislação em vigor, a implementação de empréstimo compulsório no caso de pandemias graves, entre as quase a do Covid-19. Uma doença tão mortal se enquadra como calamidade pública, assim reconhecido pelo poder público, o que permite em tese, a discussão acerca da modalidade tributária em comento ser aplicada.

Não obstante, apesar do intenso momento de crise orçamentária em que se vive o país, decorrente do caos da saúde pública, deve-se compreender que o ordenamento já prevê inúmeros institutos para responder a situações inesperadas. Desse modo, é primordial que tais instrumentos sejam empregados antes de se recorrer a expedientes extraordinários, tendo em vista que a medicação poderá ser mais danosa para a já combalida economia brasileira. Ora, tempos de crise como o que se atravessa atualmente, não é muito apropriado debater maiores onerações para o contribuinte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Empréstimo Compulsório não seria realmente tributo, pois, se assim fosse não caracterizaria a restituição à particular, pelo Estado, do produto da arrecadação pertencente à coletividade. O Crédito Tributário é patrimônio público indisponível, sendo este utilizado com a característica de utilidade pública com vistas a satisfação geral à longo prazo pela administração Estatal.

O fato de urgência na exigência do crédito, traz o ponto de análise à teoria do fato do príncipe, onde o Poder Público se utiliza da soberania outorgada pelo povo para utilização da cobrança, prevista constitucionalmente com vistas à satisfação do interesse público prevalecendo-se sob o interesse particular.

O “Empréstimo Compulsório” então teria natureza de “Intervenção Administrativa”. Seria procedimento administrativo formado por “atos complexos”. Respeitando os requisitos de admissibilidade dos atos administrativos, observamos todos como na sua criação. A “finalidade” de arrecadação se dá pelo “objeto” das despesas decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência e investimento público, “motivada” pelo caráter de urgência da exigência de arrecadação para satisfazer as despesas e de relevante interesse nacional, sendo “competente” a União Federal para instituí-la na “forma” da Lei.

O procedimento administrativo é válido e complexo, pois não traz apenas um ato a ser exteriorizado pela Lei em prol da arrecadação, traz também, à posterior, a oportunidade de “restituição”. Dois atos compõem o procedimento, sendo o primeiro observado pela entidade arrecadadora, e o outro pela entidade administrativa, sendo necessário para a finalização da relação jurídica público privada a efetividade regular dos atos. Possuem responsabilidades distintas e cada uma respeitando a competência respectiva de cada ente. Há uma “desconcentração” dos atos pelos entes, tomados pela iniciativa da União Federal.

Por derradeiro, verifica-se que é possível, nos termos da legislação em vigor, a implementação de empréstimo compulsório no caso de pandemias graves, entre as quase a do Covid-19. Tal certeza teórica é caracterizada pela repercussão da pandemia em cometo no orçamento público, ensejando na possibilidade do instituição emergencial do citado instituto tributário. Não obstante, tal análise é restrita ao campo do direito tributário. Sugere-se, desse modo, que os vindouros estudos busquem analisar as consequências econômicas da implementação de empréstimo compulsório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

KOHAMA, Ricardo. **Orçamento Público**. Rio de Janeiro: Canarinho, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2019.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19º edição: São Paulo: Alas, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIMÕES, Daniel. **Curso de Orçamento Público para não contadores**. São Paulo: Melhoramentos, 2014.

SLOMSKI, Valmor. **Manual de Contabilidade Pública – um enfoque na contabilidade municipal**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2010

O RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES

SHARON KAMILA PEREIRA: Acadêmica de Direito no Instituto de Ensino Superior de Bauru - IESB.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO¹⁰⁴

(orientadora)

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo abordar a existência das uniões poliafetivas no Brasil e a necessidade do reconhecimento legislativo, visto que, apesar dos avanços e conquistas do direito de família, ainda se reconhece apenas a relação monogâmica, ainda que o princípio magno seja o da afetividade. Desse modo, a pesquisa desenvolver-se-á com base na existência dessa entidade familiar, e as consequências do não reconhecimento legislativo brasileiro, tendo como resultado o desamparo e a ausência de direitos e deveres. A área da pesquisa a ser desenvolvida, será o Direito Civil e Constitucional, baseada na investigação epistemológica sócio jurídica, tendo em vista, a não reconhecimento do Estado quanto a existência desse modelo de família, demonstrando por fim, que não enxergar a realidade, não a fará desaparecer, tendo-se como melhor resultado, a desconstrução da ideia conservadora de que a base familiar brasileira é constituída por uma relação monoafetiva, afinal, hoje, o que identifica uma família é o AFETO.

Palavras-chave: Afeto. Poliafeto. Poliamor. Família Eudemonista. Constituição Federal 1988.

Abstract: The present work aims to address the presence of multi-affective unions in Brazil and demand legislative recognition, since, despite the advances and achievements of family law, only a monogamous relationship is still identified, even with the magnetic principle being the affective. Thus, the research will be developed based on the existence of this family entity, and the consequences of not recognizing Brazilian legislation, resulting in helplessness and the absence of rights and duties. The area of research to be developed will be Civil and Constitutional Law, based on the socio-legal epistemological investigation, bearing in mind the State's lack of recognition as to the existence of this family model, showing, finally, that it does not see reality, it does not it will make it disappear, with the best result being the deconstruction of the conservative idea that the Brazilian family base is constituted by a mono-affective relationship, after all, today, what identifies a family is AFFECT.

Keywords: Affection. Multi-affective. Polyamory. Eudemonist family. Federal Constitution of 1988.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Família Anteriormente a Constituição Federal de 1988; 3. O Novo Direito das Famílias e Sua Função Social; 3.1 Princípio da Dignidade Humana; 3.2

104 Docente mestra do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

Princípio da Liberdade; 2.3 Princípio da Afetividade; 4. O Que é o Poliamor?; 5. A Omissão do Estado e a Importância do Reconhecimento das Uniões Poliafetivas; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

“Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas” (Saint-Exupéry, 1942), essa frase define o direito das famílias nos dias atuais. Deixou-se para trás o pátrio poder, ou seja, hoje a família não possui mais uma estrutura patriarcal, patrimonialista, monogâmica e heterossexual; não só os juristas, mas a sociedade como um todo elevou o afeto como princípio fundamental para a formação de uma família, surgindo assim o conceito de família eudemonista, onde se busca a realização de todos os membros que compõe aquela união de afeto.

Utilizar-se-á a pesquisa sócio jurídica, a partir de conceitos teóricos doutrinários, abrangendo o comportamento humano e social que levou a recongnição de novas entidades familiares dentro da sociedade brasileira, porém, ainda sem qualquer amparo legislativo.

Assim, apesar dos avanços legislativos, principalmente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, com a ideologia de inclusão e não exclusão, princípios fundamentais como da isonomia, igualdade, liberdade e dignidade, os poliamoristas ainda estão à margem da sociedade, sem garantias ou deveres.

Não obstante, tem-se como requisitos para constituição de entidade familiar, segundo depreende-se do artigo 1.723 do Código Civil/02: a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; todos presentes numa relação poliafetiva, assim como numa relação monogâmica, ocorre que com a igreja, houve a implantação e construção cultural das relações monogâmicas, tendo o matrimônio como elemento essencial e sagrado para a constituição de família, causando estranheza, ainda hoje, quando falamos da existência do poliamor.

Outrossim, não regulamentar as relações poliafetivas como núcleo familiar de direitos e deveres, não os farão deixar de existir! É uma realidade, e a não existência de normas que reconheça essas uniões acarretam consequências jurídicas graves, prejudicando todos os envolvidos nesse relacionamento, seja no âmbito civil, previdenciário ou sucessório.

Desse modo, O presente trabalho tem como objetivo abordar a existência das uniões poliafetivas no Brasil e a necessidade do reconhecimento legislativo, visto que,

apesar dos avanços e conquistas do direito de família, ainda se reconhece apenas a relação monogâmica, ainda que o princípio magno seja o da afetividade.

É evidente a necessidade de evolução legislativa, desconstruindo a ideia conservadora da existência apenas de relações monogâmicas, única e exclusivamente, como base familiar, afinal, o que identifica uma família é o AFETO!

2.A FAMÍLIA ANTERIORMENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Família sempre foi tida como base de todas as sociedades, haja vista, seu impacto e influência cultural. No entanto, antes de adentrarmos ao objeto do presente trabalho, importante salientar que, a família como é conceituada hoje, não é a mesma que antecedeu a Constituição Federal de 1988 do Brasil.

Patriarcal, patrimonializada, monogâmica e heterossexual, essa era a hierarquização de família. O homem era tido como “chefe”, o patrimônio era elevado ao seu mister, além das relações aceitas pela sociedade serem apenas monogâmicas e heterossexuais.

O Código Civil de 1916 regulava as famílias, e “trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento” (DIAS, 2020), ou seja, a Constituição Federal foi um grande marco para o direito das famílias, com sua entrada em vigor, houve a consagração da igualdade entre homens e mulheres, o reconhecimento e igualdade entre os filhos havidos fora do casamento, o direito de divórcio e o reconhecimento de outras estruturas familiares, como por exemplo, a monoparental, obrigando portanto a atualização de diversos institutos do Código Civil atual.

Assim, pode-se dizer que, elevou-se a afetividade a preceito constitucional pétreo, consolidando um novo paradigma das relações familiares, sendo reconhecido como meio de busca pela felicidade.

Nesse sentido, importante citar o entendimento dos doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

O fato é que o amor – a afetividade – tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida. (STOLZE E PAMPLONA, 2019, p. 1206)

Desse modo, pode-se dizer que o amor é uma força que impulsiona as relações entre as pessoas, tendo muitas formas, cabendo ao Estado lhes garantir dignidade e plena liberdade de escolha, afinal, como previsto na Carta Magna, em seu artigo 226 a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

No entanto, apesar de todos os avanços citados, as relações poliafetivas ainda não detém qualquer segurança jurídica, deixando essas famílias totalmente desamparadas juridicamente. Como restará demonstrado adiante, se a família é a base da sociedade e se o afeto é elemento essencial para constituí-la, é evidente a necessidade de mudanças, para que essas relações deixem de ser ignoradas, não só pelos legisladores, mas também, pela sociedade como um todo.

3. O NOVO DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 foi um elemento impulsionador do Direito das Famílias, quebrou-se o paradigma de função econômica e reprodutiva, para enxergar a

família como núcleo de desenvolvimento físico e psíquico dos membros que a compõe, com o objetivo de promover a dignidade humana e a busca pela felicidade, sendo, portanto, espaço de afeto e amor.

Não obstante, houve também a equiparação de direitos e deveres entre homens e mulheres, além de consagrar a igualdade entre todos os membros que compõe uma família, seja ela constituída da forma monoparental, anaparental, eudemonista, dentre outras composições, nas palavras de Zeno Veloso (1999, p. 03), “num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito”

Qual seja, importante frisar, que o artigo 226 da CF/88 dispõe que a família é a base da sociedade e goza de proteção especial do Estado, apesar de consagrar alguns tipos de entidades familiares, vale dizer que são apenas exemplificativas e não taxativas, existindo diversos outros modelos de famílias, nesse sentido, vale trazer a tona o ensinamento de Paulo Lôbo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2002, p. 07)

Assim, neste seguimento, tendo em vista as grandes mudanças passadas pelo direito de família, pode-se dizer que “numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa [...] a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros” (STOLZE E PAMPLONA, 2020, p. 98).

Portanto, conclui-se que a Constituição Federal, não apenas consagrou a igualdade entre todos os membros que compõem uma família, mas, também, trouxe como princípio magno a afetividade e a dignidade como forma de alcance da tão sonhada felicidade, afinal, “tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas” (SAINT-EXUPÉRY, 2009, p. 72).

I.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

“Toda pessoa tem direito [...] ao reconhecimento de sua dignidade”, é o que se depreende do artigo 11 do pacto de *San Jose da Costa Rica*, adotada pelo Brasil em 1992, mas já constante na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III.

Tem-se, portanto, a dignidade da pessoa humana como princípio universal e indispensável para vida em sociedade, nas palavras de Tartuce (2020, p. 8), “a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade”.

No direito das famílias, a dignidade humana – princípio fundamental – é observado a partir da despatrimonialização dos núcleos familiares, reconhecendo a igualdade entre todos os membros, além da admissão de novas entidades de família, a despeito de sua formação.

Nesse contexto, o ensinamento da doutrinadora Maria Berenice Dias:

A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (DIAS, 2020, p. 64).

Logo, entende-se, que a dignidade humana no âmbito familiar é a garantia e igual tratamento para todas as bases e núcleos familiares existentes na sociedade brasileira, independentemente de sua composição, seja ela homoafetiva, paralela, poliamorista, etc., prevalecendo o afeto e a proteção a todas elas.

1.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Para Luís Roberto Barroso (2011, p. 124):

A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir.

Inadmissível o Estado impor um modelo de constituição de família, ou até mesmo, negue seu reconhecimento por não refletir ao padrão de relação seguido pela sociedade. Destarte, a Constituição assegura a liberdade nas relações familiares, conferindo aos membros o poder de escolha acerca da forma de constituir suas famílias, respeitando sua autodeterminação afetiva, sendo defeso qualquer intervenção de entidades públicas ou privadas, é o que prevê o artigo 226, §7º da Constituição Federal, consoante com o artigo 1.513 do Código Civil.

Outrossim, a isonomia de tratamento jurídico confere igualdade a todos, sendo significativa a liberdade de escolha do modo que irão conviver, cabendo ao Estado apenas propiciar recursos para o exercício do direito das entidades familiares.

De suma importância as palavras da autora Maria Berenice Dias:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem,

deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo que for, bem como, o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. (DIAS, 2020, p. 65).

A despeito dessa liberdade, cabe ao Estado reconhecer as relações poliafetivas, sendo essa, uma identidade relacional digna e compatível com os princípios e direitos fundamentais constantes na Constituição, capaz de dar origem a famílias que exercem sua função social voltada à promoção da dignidade, afetividade e da personalidade de seus integrantes, buscando a realização pessoal de todos os seus membros.

É evidente que conservadorismo retrógrado, matrimonializado, patriarcal, patrimonial, indissolúvel, hierarquizada, heterossexual e monogâmica, que constituía o Direito das Famílias é de fato afrontar o princípio da liberdade, sendo inconstitucional qualquer tratamento desigual no âmbito social e jurídico.

1.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Nesse diapasão, indispensável delinear o princípio da afetividade, afinal, é o que fundamenta o direito das famílias e suas relações socioafetivas, “o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família” (DIAS, 2020, p. 73).

Dessa forma, como bem ressalta Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor a princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linhagem masculina [...]. A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade [...]. (PEREIRA, 2012, p. 223).

Frisa-se, a família patrimonialista e matrimonialista perdeu espaço na sociedade com o surgimento de novas entidades contemporâneas, acentuando o conceito de família eudemonista, buscando a realização de todos os membros, perdendo-se o vínculo biológico para constituir vínculo de afeto e solidariedade.

De suma importância trazer à baila um trecho do brilhante julgamento realizado pela Ministra Nancy Andrichi:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de

mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. (ANDRIGHI, 2010).

Por conseguinte, a família deixou de se vincular e se manter por motivações econômicas, adquirindo-se como importância primária os elos afetivos, através da solidariedade mútua de todos aqueles que compõem aquela entidade familiar, Sérgio Resende de Barros, define esse afeto como:

Um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam. (BARROS, 2002, p. 09)

Dessarte, imprescindível não notar que a afetividade constituiu de maneira sólida alterações profundas no modo de pensar a família brasileira, consumando que o **afeto** tem valor jurídico constitucional, sendo assim, qualquer forma de família é válida, desde que preservada a dignidade, liberdade e principalmente, a afetividade.

2.O QUE É O POLIAMOR?

Mas, afinal, o que é o poliamor? Na definição de Stolze e Pamplona:

O poliamorismo ou poliamor admite **a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.** (STOLZE E PAMPLONA, 2020, p. 455, grifo nosso)

Ainda, antes de analisarmos o as relações poliafetivas, importante esclarecer sua diferença das relações simultâneas ou paralelas, nesta última, é formada por mais de um núcleo familiar, onde se vive em residências separadas e, na maioria das vezes os membros envolvidos não possuem conhecimento da existência um dos outros.

Posto isso, “você seria capaz de amar duas pessoas ao mesmo tempo?” Stolze e Pamplona (2020, p. 453), frente a cultura monogâmica e religiosa ocidental, a resposta seria não, porém, colide justamente com o poder de decisão que o indivíduo possui sobre sua vida, o qual foi justamente tido como direito fundamental, a liberdade de escolha.

De acordo com a psicóloga e professora universitária Noely Montes Moraes:

A etologia (estudo do comportamento animal), **a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana.** E, apesar de não ser uma

realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, **as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.** (MORAES, 2007, p. 41, grifo nosso).

Homens e mulheres em comum acordo podem constituir um relacionamento poliamorista, desde que haja **o intuito de formar família**, podendo se assemelhar ao casamento tradicional, diferenciando apenas por ser entre três ou mais pessoas.

Ademais, é de entendimento pacificado pela doutrina majoritária que a Constituição Federal possui apenas um rol de modelo de família exemplificativo e, também, inclusivo, de tal modo a não excluir nenhum tipo de núcleo familiar, ou seja, oportunizar que a união poliafetiva possua não apenas direitos, mas também obrigações.

O que embasa o relacionamento de fato é a vontade de constituir uma família, sendo assim, justo se faz que todos os mandamentos atinentes as famílias consideradas “normais”, se estendam amplamente ao poliamorismo.

Fato é, que a Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, efetivou o princípio da igualdade, garantindo a todos tratamento igual perante a lei, além da liberdade de constituir relações sem qualquer interferência Estatal, na mesma linha, Maria Berenice Dias expõe:

Se o poliamor pode ser considerado uma forma de relacionamento íntimo existente e válido com mais de uma pessoa simultaneamente, formando um único núcleo e seus integrantes possuem ciência das uniões múltiplas, verifica-se a incidência dos princípios estruturantes de família: da liberdade, da solidariedade e igualdade entre seus membros, com vistas à felicidade. (DIAS, 2020, p. 449).

As alterações conduzidas pela Constituição mudaram o conceito contemporâneo de família, gozando plenamente de proteção jurídica independentemente da sua formação. Como já explanado, no direito das famílias, hoje, o princípio da afetividade norteia as relações familiares, permitindo o reconhecimento de vínculo de todos os laços existenciais das unidades familiares.

Segundo ensinamento de Francisco Amaral:

Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para a qual os tradicionais modelos jurídicos já se mostraram insuficientes, impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas ‘estruturas jurídicas de resposta’, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança, em uma sociedade em rápido processo de mudança. (AMARAL, 2003, p. 63)

Evidentemente, “hoje, o que identifica uma família é o afeto, esse sentimento que enlaça corações e une vidas. A família é onde se encontra o sonho de felicidade. A justiça precisa atentar nessas realidades” (DIAS, 2004).

3.A OMISSÃO DO ESTADO E A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS

Com a constitucionalização dos princípios das famílias, pode-se afirmar que houver uma “verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados” (DIAS, 2020, p. 449).

Destaca-se que, apesar das transformações havidas no Direito das Famílias, ainda se faz necessária normas para regulamentação e validade, afim de assegurar o reconhecimento jurídico do poliamor enquanto relação capaz de dar origem a núcleos familiares.

De fato, a poliafetividade gera divergências frequentes e alimentam debates complexos na esfera jurídica, mas, imperioso ressaltar o reconhecimento da autonomia da vontade das partes, com o único fim de formar uma família, devendo, portanto, acarretar seu reconhecimento e os efeitos jurídicos que dela decorrem.

Diante dessa realidade, tabelionatos de notas passaram a registrar essas uniões através de escrituras públicas, com o objetivo de regulamentar esses núcleos familiares, malgrado, por solicitação da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), através do processo 0001459-08.2016.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) notificou as Corregedorias Estaduais afim de impedirem o registro das escrituras pelos tabeliões, em trecho do julgamento, é de fácil percepção a necessidade de políticas públicas para regular essas relações, *in verbis*:

Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

[...] A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”. (CNJ, 2018)

Conquanto, tapar os olhos para a existência desses vínculos, não os farão desaparecer, pelo contrário, conseqüentemente estarão negando o princípio mister da Constituição Federal, qual seja, o tratamento igualitário e a dignidade humana.

Apesar da vedação da escritura, Maria Berenice Dias (2020, p. 449) afirma a possibilidade da “formalização do vínculo por instrumento particular, firmado pelas partes e por duas testemunhas, levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos”.

Ainda, vale acrescentar que, conforme pesquisa de campo realizada pela jurista Jéssica Sousa, membro da Comissão de Pesquisas Científicas e Jurisprudências da seção Distrito Federal do Instituto Brasileiro de Direito de Família

– IBDFAM-DF, *in verbis*:

Existe um consenso da psicologia e da psiquiatria em relação ao poliamor: 91,9% são a favor do reconhecimento legal do poliamor como família, para que os envolvidos e as crianças oriundas do relacionamento tenham proteção jurídica. Ao serem questionados com perguntas abertas, 75% afirmaram que ser poliafetivo é saudável e não promíscuo. (SOUZA, 2020).

Resta evidente a necessidade de regulamentação legislativa para essas famílias, não devendo limitar-se ao princípio da monogamia para estabelecer a base de todos os núcleos familiares existentes na sociedade brasileira, haja vista que, seu desamparo acarreta consequências, não só os envolvidos no relacionamento (parceiros), mas também, os filhos que possam vir a existir.

4. CONCLUSÃO

Desse modo, pode-se concluir que, a Constituição Federal de 1988 consagrou diversas garantias fundamentais, consideradas cláusulas pétreas, portanto, inalteráveis, dentre elas, o direito a dignidade e a liberdade.

No Direito das Famílias através dessas garantias, estabeleceu-se o princípio norteador de todas as entidades familiares, o **AFETO**, sendo assim, a família deixou de se vincular e se manter por motivações econômicas, adquirindo-se como importância primária os elos afetivos, através da solidariedade mútua de todos aqueles que compõem aquela entidade familiar, buscando a realização de todos os seus membros para que seja atingida plena felicidade.

Além disso, as famílias poliafetivas não são diferentes! Ocorre que, o conservadorismo retrógrado e a monogamia ainda se veem presentes na sociedade brasileira como um todo, fazendo com que, essa omissão traga consequências avassaladoras para todos aqueles que optaram por um modo de vida diferente do que o que fora culturalmente cultivado.

Por fim, vale ressaltar, que faz-se necessário que o legislativo se atente as realidades vividas pelos brasileiros, não devendo tratar os vínculos poliafetivos como promíscuos, tendo em vista que, busca-se na convivência pública, contínua e duradoura a constituição de família, independentemente da composição ou do número de pessoas, desde que não violadas as garantias fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **O direito civil na pós-modernidade. Direito Civil: atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 17, São Paulo: [s.n.], 2011.

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família - IBDFAM**, [s.l.], v. 4, n. 14, p. 9, jul-set, 2002.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm > . Acesso em: 10 jun 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 jun 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1026981 (2008/0025171- 7 de 23/02/2010), Ministra Nancy Andrighi**, da 3ª turma do Órgão de Julgamento STJ, Brasília, DF. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=941637&num_registro=200800251717&data=20100223&formato=PDF>.

Acesso em: 12 jun 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13 ed. [s.l.]. Juspodvim, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando Sobre O Direito Das Famílias.** 1 ed. [s.l.]. Editora do Advogado, 2004. Vol 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil.** 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

JUSTIÇA, Conselho Nacional. **Pedido de Providências**. Proc. nº 0001459-08.2016.2.00.0000. 29 jun 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listVew.seam?ca=7bfa2e0b235fbbb9bc80deb052f2701e39b484d172d84d8e>>. Acesso em: 10 jun 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do *Numerus Clausus*. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**. [s.l]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/193.pdf>> Acesso em: 10 jun 2020.

MORAES, Noely Montes. Reportagem “O Fim da Monogamia?”. **Revista Galileu**, [s.l]. Editora Globo, 2007

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. **O Pequeno Príncipe**. 48 ed. [s.l]. Editora NovaFronteira Participações S.A, 2009.

SOUZA, Jéssica. Quem é a família poliamorista brasileira? Pesquisa traça perfil de adeptos e evidencia negligência de direitos ao poliamor no Brasil. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**. [s.l]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7339/Quem+%C3%A9+a+fam%C3%ADlia+poliamorista+brasileira%3F+Pesquisa+tra%C3%A7a+perfil+de+adeptos+e+evidencia+neglig%C3%Aancia+de+direitos+ao+poliamor+no+Brasil>>. Acesso em: 19 jun 2020.

TÁRTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. 15 ed. [s.l]. Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e Direito. **Jornal O Liberal**. Belém do Pará, 22 maio 1999.

ASPECTOS JURÍDICOS DA ABORDAGEM POLICIAL

EDSEL PEREIRA CASTELO BRANCO:
Graduando do curso de Direito no Centro
Universitário Luterana de Manaus.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é compreender as medidas tomadas pela polícia, seu significado, princípios básicos e disposições legais que autorizam a execução do ato administrativo. Se a execução não for bem-sucedida, geralmente se deteriorará e poderá causar danos a direitos e direitos. Em casos mais graves, até a morte. Será entendido que a abordagem pessoal fica a critério dos agentes da segurança pública que são responsáveis pela aplicação da lei, portanto, nossa intenção é entender os princípios básicos desse privilégio e as respostas às seguintes questões: Que fatores e situações precisam ser analisados para fazer uma pessoa ter uma atitude suspeita? A Polícia Militar é uma polícia superficial cuja função prioritária é prevenir e manter a ordem pública. Se a intervenção do Estado for necessária, também pode garantir a supressão do uso da força de acordo com o Artigo 5. Artigo 144 da Constituição Federal. Discutiremos os métodos de direitos humanos, as tecnologias envolvidas, o nível de uso diferenciado da força que constitui a atividade policial, levando em consideração os princípios dos direitos humanos, da dignidade humana, dos direitos de acesso, dos direitos constitucionais e da proteção de cada cidadão.

Palavras-chave: Abordagem. Polícia Militar. Aspectos Legais.

ABSTRACT: The objective of this work is to understand the measures taken by the police, their meaning, basic principles and legal provisions that authorize the execution of the administrative act. If the execution is not successful, it will usually deteriorate and may cause damage to rights and rights. In more serious cases, even death. It will be understood that the personal approach is at the discretion of public security officers who are responsible for law enforcement, therefore, our intention is to understand the basic principles of this privilege and the answers to the following questions: What factors and situations need to be analyzed to make a person having a suspicious attitude? The Military Police is a superficial police whose primary function is to prevent and maintain public order. If State intervention is necessary, it can also guarantee the suppression of the use of force in accordance with Article 5. Article 144 of the Federal Constitution. We will discuss the methods of human rights, the technologies involved, the level of differentiated use of force that constitutes police activity, taking into account the principles of human rights, human dignity, access rights, constitutional rights and the protection of each citizen.

Keywords: Approach. Military police. Legal Aspe.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A ORIGEM DA POLÍCIA NO BRASIL; 2.2. A Guarda Real de Polícia; 2.3. Fundamentos sociais do exercício policial; 2.3.1 Limitações Constitucionais na Atuação Policial. 3. A SEGURANÇA PÚBLICA; 3.1. Abordagem policial; 3.2. Uso progressivo da força; 3.3. O uso de algemas em consonância com os níveis progressivos da força. 4. ASPECTOS LEGAIS DA ABORDAGEM POLICIAL; 4.1. Ato

administrativo e poder de polícia; 4.2. Do abuso de autoridade. 5. Considerações Finais. Referência.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem relevância social em analisar os aspectos legais que permeiam e justificam uma abordagem policial, visando esclarecer os amparos jurídicos que autoriza o Estado a delegar poderes a seus agentes de segurança pública, em especial o policial militar para procederem na abordagem policial, pois sempre que acontece esse procedimento tem-se uma tensão de ambas as partes, tanto para quem aborda quanto para quem está tendo seus direitos individuais cerceados ainda que de forma momentânea.

A pesquisa contribuirá com a sociedade, que muitas vezes desconhece seus direitos e deveres, no esclarecimento do ato discricionário e legal dos agentes de segurança pública. Uma vez que ao se vê em uma abordagem, os cidadãos sentem-se constrangidos pelo ato, e quando não tenham cometido nada ilícito culpam os agentes por abuso de autoridade, constrangimento ilegal, entre outros.

Segundo Marques (2019), “a atividade policial integra as ações de segurança pública e constitui-se como um aspecto da ordem pública, ao lado da tranquilidade e da salubridade pública, concebidos dentro de uma estrutura estatal para garantir a convivência harmoniosa entre as pessoas”. O caput do art. 144 da Constituição Federal, preleciona que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Como todos sabemos, o Estado tem legitimidade para usar a força para promover a paz social. Nesse sentido, algumas pessoas acreditam que o Estado exerce violência legal por meio de seus agentes para manter ou restaurar a ordem, mas sabemos que o termo mais adequado é “uso da força” e não “violência legal”, porque o termo violência é ilegal. A impressão está além dos recursos necessários para garantir a paz social ou restaurar a ordem.

Portanto, faz-se necessário traçarmos a abordagem policial como um legítimo instrumento do Estado por meio do qual se faz o uso da força necessária, cuja efetividade contribui com a manutenção da ordem e preservação da paz social.

2. A ORIGEM DA POLÍCIA NO BRASIL

De acordo com Naísa (2020) preleciona que “a história da polícia brasileira começa com a chegada da família real portuguesa em 1808. Na ocasião, a comitiva de Dom João trouxe a Guarda Real da Polícia, que será o protótipo da companhia policial do país”. Com o aumento da população e do crime em outras províncias fora da capital, as agências policiais foram levadas para outras partes do país.

O poder militar tem o objetivo de proteger o país. O policiamento de rua é feito por empresas não militares. Antes do golpe, era usado para momentos específicos, como manifestações e greves.

Desde então, o Exército é responsável pela manutenção das atividades policiais. O governo militar pôs para fora a Guarda Nacional e os membros foram incorporados às forças públicas, o que causou o primeiro-ministro. O nome “Polícia Militar” surgiu em 1969. Ela passou a fazer o chamado “policiamento de superfície”, enquanto os guardas de rua eram os chamados “quadrados”.

2.1. Os Quadrilheiros

A quadrilheiros é a polícia encarregada da segurança pública. Eles criado pelo rei medieval Fernando (D. Fernando), da Idade Média ao início do século XIX, os portugueses I no século XIV trabalharam no campo, segundo Residentes coloniais brasileiros. De acordo com Piccolo (2013, p. 13) “os quadrilheiros eram nomeados por juizes e vereadores entre os moradores da província, tendo de atuar no período de três anos. Eles tinham a função de prender os desordeiros e entregá-los às autoridades judiciais. Tal forma de “policiamento” chegou a vigorar no Brasil, até o século XVIII”.

Ainda de acordo com Piccolo (2013, p. 13) “o ator Por causa da guerra liderada por Napoleão Bonaparte na Europa No início do século XIX, o regente português D. João VI veio à sua corte Brasil”. O monarca não tem escolha a não ser fugir para solo brasileiro, pois se ele continuando em Portugal, será definitivamente preso ou deposto por Napoleão. No dia 7 em março de 1808, D. A frota de João chegou à Baía de Guanabara (PICCOLO, 2013, p. 13). Com a chegada do tribunal à medida que a cidade se desenvolve, a taxa de criminalidade também aumenta. Sendo assim, os quadrilheiros não eram suficientes para defender a Corte.

2.2. A Guarda Real de Polícia

A Guarda Real foi o primeiro departamento militar do Brasil, estabelecido em 1809. A guarda é composta por 218 pessoas, sua organização é a mesma da Guarda Real, portanto, o Departamento de Polícia de Lisboa, incluindo o primeiro comandante da empresa foi José Maria Rabello Andrade Vasconcellos e Souza, que era o capitão do time da Guarda em Portugal e obedeciam ao governador de armas do tribunal (PICCOLO, 2013, p. 13). De acordo com Piccolo (2013, p. 13) “com a abdicação do cargo, em 1830, e o retorno de D. Pedro I a Portugal, o trono passa para D. Pedro II, em 1831”.

Porém, este ainda era menor, não podendo assumir o poder. Diante disto, o império passou a ser dirigido por regentes até que o monarca completasse a maioria. Os regentes não foram bem aceitos pelo povo, que os consideravam ilegítimos para governar.

Sendo assim, em 1836 de acordo com a Constituição que entrou em vigor naquele ano, a empresa nacional conhecida como “Guarda” passou a chamar-se polícia militar, mas o Rio Grande do Sul chamou sua força policial de “brigada militar”.

2.3. Fundamentos sociais do exercício policial

O Brasil e a comunidade mundial vivem uma luta constante pela luta por seus direitos e garantias, a menos que haja uma lei ou uma necessidade clara, eles não aceitarão mais pacificamente quaisquer restrições que possam comprometer esses preceitos.

Segundo Dias (2018, p. 25) ensina que “O agente público que encontrou o elo entre o Estado e a sociedade no mundo no princípio do artigo 37 da Constituição Federal brasileira permeia que a conduta dos órgãos da administração pública, podendo trazer-lhes características úteis no exercício das atividades, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, propaganda e eficiência”.

De acordo com Rousseau (2006, p. 25) “a ordem social é estruturada por acordos, assim surgindo o contrato social. Nele o homem se abdicaria de sua liberdade natural e adquiriria liberdade civil, podendo assim viver em sociedade”.

A lei determina e garante que todos têm a responsabilidade de manter a ordem pública e proteger pessoas e bens, mas esta é uma função e obrigação do Estado e da atividade policial desenvolvida pelos seus agentes. Como atividade policial, pode ser restringir certos direitos civis ou liberdades dos cidadãos. Sendo esta ação é respaldada para que se tente garantir a segurança pública.

De acordo com o Código Tributário Nacional, mais precisamente em artigo 78 estabelece o poder de polícia como ferramenta de restrição de direitos individuais em prol da coletividade.

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 2015, 711).

A polícia utiliza esse poder em suas atividades para restringir o exercício dos direitos individuais para que surja o interesse público. Neste momento, um importante instrumento, a abordagem, ganha destaque, e o principal objetivo deste trabalho. Contudo, existem certas limitações do poder de polícia, que são garantias constitucionais e também de direitos humanos.

2.3.1 Limitações Constitucionais na Atuação Policial

Deve ser observado pelo agente público em todas suas ações a respeito do Princípio da Legalidade, convencionado no artigo 5º, inciso II da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2011, p. 15).

Segundo o autor Silva (2003, p. 31) explica que “o Princípio da legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa”. A polícia deve zelar pelo princípio da igualdade e agir na sociedade por meio da igualdade de tratamento das pessoas ao realizar buscas pessoais de acordo com cada situação.

O direito a presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal “ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, também deve ser considerado pelo agente de segurança da administração pública (1988).

De acordo com Nucci no que tange ao princípio da presunção de inocência:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado – juiz a culpa do réu. (NUCCI, 2017, p.75).

As ações da polícia devem sempre ser baseadas em motivos legais, e a polícia não pode agir de forma arbitrária ou ilegal.

Para Meirelles (2010, p. 33) preleciona que “a intervenção da polícia deve ser considerada nos parâmetros de necessidade, adequação e proporcionalidade. Se esses princípios forem ultrapassados na adoção do método policial, o agente irá ultrapassar o âmbito de sua autoridade, inferindo-se o método de requisitos legais vagos”.

Diante dos conflitos de direitos básicos, os agentes do Estado, ou seja, os policiais devem promover o juízo de valor, principalmente em caso de dúvida, e também zelar para que suas ações sigam os requisitos do princípio da proporcionalidade, ou seja: as medidas necessárias para solucionar o problema da melhor forma; ao agir de forma razoável para encontrar um equilíbrio entre a intervenção e a busca de objetivos, é necessário utilizar os meios menos onerosos em matéria de ação e proporcionalidade.

3. A SEGURANÇA PÚBLICA

Como todos sabemos, a segurança pública é um tema muito importante hoje, sendo responsável por todo cidadão brasileiro, envolvendo questões morais, sociais e política. A segurança pública é primordial, pois através estas atividades surgem para garantir a manutenção da ordem pública para que estabeleça a segurança das pessoas e os patrimônios da sociedade.

Portanto, a Constituição Federal determina que pode e o que não pode, sendo assim, a nova agência de segurança pública será expandida por estados, regiões e territórios, devendo cumprir as restrições estipuladas pela constituição, nomeadamente o respeito Constituição Federal.

Desta forma, é estabelecido ao Estado o dever de segurança pública, sendo estruturada organizacionalmente para promover segurança pública para sociedade, por meio dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpo de bombeiros militares.

De acordo com Dispositivo legal art.144, caput, inciso I ao V, §5º, §6º e §7º da CR/88. *In verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - Polícia federal;

II -Polícia rodoviária federal;

III - Polícia ferroviária federal;

IV - Polícias civis;

V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. (...).

Art. 1º As Polícias Militares consideradas forças auxiliares, reserva do Exército, serão organizadas na conformidade deste Decreto-lei.

Parágrafo único. O Ministério do Exército exerce o controle e a coordenação das Polícias Militares, sucessivamente através dos seguintes órgãos, conforme se dispuser em regulamento:

a) Estado-Maior do Exército em todo o território nacional;

b) Exércitos e Comandos Militares de Áreas nas respectivas jurisdições;

c) Regiões Militares nos territórios regionais.

Ao analisar o artigo 144 da Constituição Federal, apresenta o conceito de “proteção” em geral. Mas isso não deve ser entendido apenas como uma obrigação do Estado, pois a segurança e a responsabilidade pública são responsabilidade de todos, ou seja, é preciso que proteja e mantenha a sociedade em ordem pública.

Destra forma, de acordo com Liberato (2017, p. 10) explica que “a segurança pública possui origem além de uma transgressão de lei, ou seja, para assegurar ou preservar a ordem pública deve-se ampliar suas causas, avaliar e identificar fatores que contribuem para a insegurança, como problemas sociais: desemprego, saúde, educação, habitação e desigualdade social”.

Todos esses fatores aumentam a taxa de criminalidade e maximizam a pena Segurança pública, pois o cidadão brasileiro tem a sensação errada de que o evento a segurança pública é exclusividade da polícia, pelo contrário, é responsabilidade em tudo.

Portanto, o crime é uma ofensa ao sistema jurídico de nosso país, ferramentas eficazes são necessárias para reduzir a criminalidade. Sendo assim, a Polícia Militar e o trabalho policial se tornaram a principal prioridade da segurança pública. Com isso, pelo método policial, esta é a técnica e tática utilizada pela polícia. No exercício de suas funções de combate ao crime, no caso de violação da ordem pública, para restaurar a paz social.

3.1. Abordagem policial

Conforme mencionado anteriormente, o artigo 144, parágrafo 5º da CF / 88 prevê subsídios legais para as atividades de polícia militar. Também podemos encontrar a legalidade desta atividade no título do artigo 5º, que dá essas garantias quanto às normas de segurança pública. A lei garante que “todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção, e que brasileiros e estrangeiros residentes no país gozem da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e dos direitos de propriedade”.

Para Cunha (1982, p. 4) a palavra abordagem vem do francês *abordage* que significa “ação ou efeito de abordar”. Para Ferreira (2001, p. 5) “abordar consiste no simples fato de “aproximar-se de (alguém)” ou “tratar de (assunto)”. Para Vilaça (2006, p. 39) a abordagem policial define-se “como uma investigação pessoal, de caráter compulsório e momentâneo, diante de um crime ou de uma indicação de suspeição”. Para o autor a atitude da pessoa em relação ao ambiente e às circunstâncias que a envolvem, podem despertar no policial a suspeição necessária para que seja efetuada uma abordagem.

O conceito da busca pessoal ou revista, entre outros termos, são referências técnicas ao ato de se realizar uma procura no corpo ou "a borda" dos indivíduos e elementos que expressem suspeição em seu comportamento. Para Miguel Júnior (2005) “é um ato utilizado pela polícia para abordar suspeitos.

Consiste na revista ou inspeção pessoal, por um policial ou agente de segurança, diretamente no corpo do suspeito”. É feito por um policial ou um encarregado da segurança de certos eventos e consiste na revista pessoal a pretexto de buscar armas ou drogas que possam estar escondidas no corpo de um suspeito.

Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto apontam que, "a busca pessoal, ou revista pessoal, realizada no corpo da pessoa, tem por objetivo encontrar alguma arma ou objeto relacionado com a infração penal", e definem busca pessoal como o ato desenvolvido por autoridade policial, através de exame corporal ou de elementos externos sob a posse do revistado, motivada por fundada suspeita que este traga consigo elementos que comprovem a

realização de crimes, devendo ser realizado, devido a sua atuação ofensiva a esfera individual, com a observância da finalidade pública, dos direitos individuais e da razoabilidade em sua feitura, caracterizando abuso ou constrangimento, qualquer excesso a esta interpretação.

Essa abordagem realizada por policiais militares tem na busca pessoal uma ferramenta no intuito de se garantir a segurança pública e a ordem social. Embora legal, este procedimento gera inúmeras discussões, entre o Estado e o cidadão.

Pelo Código de Processo Penal através do artigo 240, parágrafo segundo, informa que a busca pessoal será realizada quando existir fundada suspeita de que alguém oculte armas ou objetos relacionados a atos criminosos, *secundum legem*:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1o Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2o Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Também, a busca pessoal é autorizada no ato das prisões em flagrante ou por ordem judicial, quando existe fundada suspeita de cometimento de crime, ou, quando ordenada no curso de busca domiciliar, sendo que, para sua realização em todos os casos expostos, surge à independência de mandado, como informa o artigo 244, do CPP:

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse

de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Do mesmo modo a busca pessoal também pode ser em mulheres e é prevista nos artigos 249 do CPP e 183 do CPPM, com o entendimento que sua realização deve ser feita por uma outra mulher, caso não retarde ou prejudique a diligência. Aos policiais cabem saber utilizar corretamente as técnicas policiais, para cada tipo de abordagem, deve ter conhecimento conceitual das ações que diz respeito à dignidade humana das pessoas que poderão estar sob seu poder.

A atividade policial está presente em variadas relações interpessoais em que onde existem diversas condutas entre as partes. O agente público deve saber resguardar os direitos previstos e aplicar a lei existente no país a todos.

Há procedimentos em que o policial deve ter total conhecimento para efetivar seu poder de polícia de forma legítima, em especial na abordagem a suspeito, observando as técnicas em consonância com a legislação brasileira e os padrões de direitos humanos.

A abordagem policial é um ato de polícia que restringe, mesmo que apenas por um período, o direito de locomoção daquele que é abordado e, praticado por agente público, pode ser considerada uma espécie de ato administrativo, carecedor das condições que o fazem válido juridicamente. Pondera-se a autoridade do Estado, frente à liberdade individual, para se estabelecer os limites de cada envolvido na abordagem policial.

As abordagens policiais tidas como atos administrativos, devem em sua execução, respeitar e possuir todos os requisitos de validade do ato administrativo e desta forma está sujeita ao controle administrativo e judicial, onde deve ser observada a legalidade e a moralidade. Nesse sentido, recentemente foi elaborada a lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 conhecida como a lei de abuso de autoridades que trás no seu bojo que:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

O controle interno das atividades policiais poderão acontecer de ofício ou provocação, pelo Ministério Público ou mesmo pelo controle popular através das Corregedorias e Ouvidorias das policias. Quando não respeitados os princípios do ato administrativo, a atuação policial que considerada invalida gerara aos agentes públicos

responsabilização nas esferas penal, penal militar, civil e administrativa. Para fins de aplicação da lei de abuso de autoridades foi definido quem são os sujeitos ativos para que nela se enquadre, *in verbis*:

Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

I - Servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;

II - Membros do Poder Legislativo;

III - Membros do Poder Executivo;

IV - Membros do Poder Judiciário;

V - Membros do Ministério Público;

VI - Membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo.

3.2. Uso progressivo da força

O dilema quanto à progressividade no uso da força sempre foi assunto dos acalorados dos defensores dos direitos humanos e estudiosos do assunto, e quando, numa situação real, o seu uso é considerado desproporcional, é levado a termo para os tribunais.

O legislador, preocupado com a questão da segurança pública no combate ao crime, que é cada vez mais crescente nas grandes cidades, expediu a Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010, que estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos Agentes de Segurança Pública. Segundo a qual:

2. O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência (Portaria Interministerial nº 4.226, 2010, p. 3).

Ao se falar na expressão “uso progressivo da força”, está se referindo, implicitamente, ao ofício do agente de segurança pública, que é aquele policial que trabalha nas ruas e necessita trazer consigo um leque de respostas, com diversas formas de enfrentamento ao delinquente, o qual poderá vir a resistir de diversas formas, inclusive usando de agressão ao

policial o à comunidade, variando ainda, nos mais diversos graus de intensidade de ação hostil.

Preocupados com a difusão do conhecimento e das técnicas de uso progressivo da força, o Departamento de Polícia Federal elaborou o caderno didático do Curso de extensão em equipamentos Não Letais I (CENL-I), o qual prevê que:

b) **NÍVEL DO USO DA FORÇA:** é entendido desde a simples presença do vigilante em uma intervenção, até a utilização da arma de fogo, em seu uso extremo (letal).

c) **USO PROGRESSIVO DA FORÇA:** consiste na seleção adequada de opções de força pelo vigilante em resposta ao nível de submissão do indivíduo suspeito ou infrator a ser controlado. Na prática será o escalonamento dos níveis de força conforme o grau de resistência ou reação do oponente (CENL-I, 2009, p. 5).

Seguindo essa ideologia de progressividade dos meios e técnicas no uso da força, constata-se que o ponto central da teoria do uso progressivo da força é a divisão da força em níveis diferentes, de forma gradual e progressiva. Cujo nível de força a ser utilizado é o que se adequar melhor às circunstâncias dos riscos encontrados, bem como às ações dos indivíduos suspeitos ou infratores durante um confronto, e apresentam-se em seis alternativas possíveis para o uso da força legal, como formas de controle a serem utilizadas. Sendo identificados 6 níveis de força progressiva, a saber: presença física, verbalização, controle de contato, técnicas de submissão, táticas defensivas não letais e, por último, força letal (CENL-I, 2009).

Acrescenta-se aqui, que a Portaria nº 387/2006, alterada em 2008, ao prevê a opção de as empresas de Segurança equiparem seus integrantes com outros tipos armas e munições, definiu as armas e munições não letais:

Tais como: Espargidor de Agente Químico (Agente lacrimogêneo: CS ou OC), arma de choque elétrico, granadas lacrimogêneas e fumígenas, munições calibre 12 lacrimogêneas e fumígenas, munições calibre 12 com balins de borracha ou plástico e máscara contra gases lacrimogêneos, PERMITINDO desta forma um uso diferenciado da força fazendo com que essas armas e equipamentos de autodefesa possam diminuir a necessidade do uso de armas de fogo de qualquer espécie (CENL-I, 2009, p. 11).

Apresenta-se abaixo, um modelo de abordagem utilizando os níveis progressivos da força, através de um recurso visual, destinado a auxiliar na conceituação, planejamento, treinamento e na comunicação dos critérios sobre o uso da força utilizada por policiais:

Figura 01: Modelo de Abordagem utilizando o Uso Progressivo da Força



Fonte: MUNDO POLICIAL.

Esse modelo acima, no lado esquerdo, vê-se a percepção do agente de segurança em relação à atitude do suspeito. No lado oposto (direito), encontram-se as respostas (reações) de forças possíveis em relação à atitude do indivíduo conflitante. Em existindo resistências e agressões variadas, o agente deverá adequar sua atuação ao tipo de agressão sofrida, estabelecendo formas de comandar e direcionar o suspeito provendo seu controle. E mais uma vez, a nível de força a ser utilizado será o que melhor se adequar às circunstâncias dos riscos encontrados, bem como a ação de seus infratores durante um confronto.

Para o presente trabalho, interessa saber que o uso de algemas é empregado quando diante dos seguintes níveis progressivos: controle de contato, também chamado de controle das mãos, e técnicas de submissão.

3.3. O uso de algemas em consonância com os níveis progressivos da força

Dentro de qualquer cenário de ocorrência policial ou desordem pública, até a escolha da posição para algemar, é feita diante de uma análise do nível de força a ser empregado, avaliando tanto a situação quanto o comportamento do suspeito. Pois, pessoas cooperativas e que não oferecem riscos devem ser algemadas em posições de pé ou apoiadas na parede, que são táticas mais razoáveis. Ao contrário do indivíduo em estado de agressão, que deve ser algemado nas posições de joelho, ou deitado, esta última, reflete a posição mais segura para a abordagem policial. Segundo comenta Fernando Capez:

A discussão acerca do emprego de algemas é bastante calorosa, por envolver a colisão de interesses fundamentais para a sociedade, o que dificulta a chegada a um consenso sobre o tema. De um lado, o operador do direito depara-se com o comando constitucional que determina ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio por meio dos órgãos policiais (CF, art. 144); de outro lado, do Texto Constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção

de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial (CAPEZ, 2012, p. 308).

Mas para se empregar algemas, diante de uma situação conflitante, deve-se analisar o nível de força a ser utilizado. Que, seguindo a linha de raciocínio supra, verifica-se que o uso de algemas se justifica para fazer o controle de contato, também chamado de controle das mãos livres, e diante da execução de técnicas de submissão.

Dito isso, é exposto que no controle de contato, ou controle das mãos livres, refere-se ao emprego de habilidades de contato físico, para atingir o controle da situação. Isto se dará quando se esgotarem as possibilidades de verbalização devido ao agravamento da atitude do contendor. Havendo a necessidade de dominar o suspeito fisicamente utiliza-se neste nível apenas as mãos livres, compreendendo-se técnicas de imobilizações e condução. Para isso, utilizam-se algemas como instrumento de menor potencial ofensivo para restringir os movimentos de certas pessoas, para prisão, custódia, condução, ou simplesmente contenção.

Já no que se refere às técnicas de submissão, é o emprego da força suficiente para superar a resistência ativa do indivíduo conflitante, permanecendo vigilante em relação aos sinais de um comportamento mais agressivo que exija uso de níveis superiores de resposta. Neste nível podem ser utilizados agentes químicos ou técnicas de mãos livres, neste último, utilizam-se também, algemas como instrumento de menor potencial ofensivo para restringir os movimentos de certas pessoas, para prisão, custódia, condução, ou simplesmente contenção.

4. ASPECTOS LEGAIS DA ABORDAGEM POLICIAL

Para tornar o comportamento legal, o agente deve ter a capacidade de realizar o comportamento. Esse tipo de poder é distribuído na forma da lei, portanto, devem ser observados os parâmetros determinados por lei, para que a atuação do agente não perca sua eficácia e legitimidade, ocasionando atuação arbitrária e abusiva. O resultado do comportamento deve estar de acordo com a finalidade de bem-estar social, ou seja, a partir do princípio de "todo comportamento tem uma resposta", o ator deve atingir determinado resultado ao realizar o comportamento, e esse resultado deve satisfazer o desejo coletivo. Quando a polícia lida com elementos suspeitos, visa garantir que a ordem social seja mantida.

Por fim, deve-se enfatizar que todo comportamento deve ser motivado, ou seja, o motivo que leva o agente a agir. O que é preciso ressaltar com urgência é que existe uma grande diferença entre propósito e motivação, pois esta precede o comportamento, ou seja, está relacionada aos fatores que determinam o agente a desencadear uma determinada ação. Suspeito de agir. Por outro lado, a finalidade é a finalidade que o agente pretende alcançar com suas ações, ou seja, recolher materiais ilegais com o suspeito de crime, para que grupos sociais possam se livrar de outro tipo de criminoso.

4.1. Ato administrativo e poder de polícia

Os atores públicos estão implementando ações administrativas quando realizam ações. Para atingir seu objetivo, os agentes públicos podem utilizar suas ações denominadas

ações administrativas que correspondem à vontade do Estado de restringir os direitos individuais.

O ato administrativo tem por objetivo declarar a vontade unilateral do Estado, e quando o chefe do Executivo declara sua supremacia, isso gera responsabilidade e responsabilidade. É compreensível que este comportamento esteja em conformidade com o disposto na lei, ou seja, está em conformidade com a legislação em vigor e é executado de imediato, pelo que os indivíduos que sejam lesados ou feridos pelo comportamento executado devem provar o seu comportamento ilegal. Porque o próprio ato administrativo é considerado legal.

Como já fora dissertado, certos direitos encontram-se explicitados na lei. Por outro lado, a administração, dentro dos ditames legais, tem o poder de limitar direitos, visando o bem comum. Esta limitação está subordinada a uma apreciação discricionária.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Os funcionários públicos usam o poder de polícia para beneficiar a comunidade em detrimento dos direitos individuais. Com base nesse poder, o agente pode incluir atitudes ilegais de particulares. Considerando que a Constituição e a Lei de Infraestrutura são formuladas para o povo, os interesses do povo representam a conduta restritiva do agente. Se não houver outra alternativa problemática, o agente deve tomar medidas para proteger os direitos dos outros.

Desta forma, segundo o autor SOARES, juiz de direito aposentado do Juízo Militar do Estado de Minas Gerais:

A expressão, PODER DE POLÍCIA pode designar a própria autoridade pública, isto é, os homens que exercem a prerrogativa da organização social; - pode ser a força, em virtude da qual está prerrogativa é exercida, para impor regras jurídicas obrigatórias; - é também, a prerrogativa de editar regras executórias, de as aplicar e de tomar medidas materiais para assegurar a ordem.

No entanto, o desempenho do agente deve ser proporcional à lesão, e um equilíbrio deve ser encontrado entre seu desempenho e a situação específica. O agente deve evitar tomar medidas exageradas, caso contrário, usará sempre a força necessária, caso contrário poderá invalidar suas ações e entrar em território ilegal.

A administração impõe sua decisão aos administrados com uma atitude suprema, independentemente de concordarem ou não com ela. A ação administrativa cria coerção para terceiros, cria obrigações, que podem levar a sanções se não forem cumpridas. O interesse público deve estar coordenado com os ideais de toda a sociedade, o que depende dos seguintes parâmetros definidos pelo poder gestor para uma vida pacífica. Para fazer cumprir essas regras, o estado toma medidas que são impostas a todos, incluindo sanções, para atingir seus objetivos.

4.2. Do abuso de autoridade

Abuso de poder é o abuso de poder analisado de acordo com as regras do direito penal, do qual podemos extrair o abuso de poder. De acordo com a Lei nº 4.898 / 65, seu comportamento típico é considerado crime. Portanto, abuso de poder inclui abuso de poder, utilizando conceitos administrativos no âmbito do penal e disciplinar para definir atos ilícitos. Por sua vez, o abuso de poder se manifesta em três configurações específicas, a saber, excesso de poder, desvio de poder ou propósito e omissão:

Poder excessivo: quando o comportamento da autoridade competente está além do âmbito permitido pela lei, o comportamento é superlegal; abuso de poder ou finalidade: o comportamento é realizado por algum motivo ou para fins diferentes dos prescritos pela lei, o que é uma violação da lei, mesmo que tente Disposições legais, mas geralmente violações de discricionariedade; omissão: Quando a inércia do departamento competente exerceu funções sem motivo adequado e deixou de cumprir funções.

Para o desempenho das suas funções, os agentes públicos têm as atribuições previstas na lei. Os órgãos públicos só podem executar conteúdo determinado por lei e conteúdo que não pode ser proibido por lei. Em outras palavras, além da lei (super lei), ele não pode violar a lei (anti-lei), mas só pode agir de acordo com a lei (a lei de Zhongzheng). O uso do poder é privilégio do agente público, e enquanto o agente obtém o privilégio de "fazer coisas", ele atrai "deveres" de agir, que é o chamado dever de poder.

Ao agente público é dado o poder discricionário, que tem o direito de escolha na execução de suas ações, o que determina a melhor forma de atuação no âmbito da conveniência e oportunidade. Este poder deve obedecer às restrições estabelecidas por lei. A ocasião determinará o gatilho da ação e o fundirá no motivo e no objeto. Por outro lado, se o agente ultrapassar o seu limite de atuação, ele agirá arbitrariamente, e o agente poderá dar uma resposta administrativa.

O abuso de poder leva a soluções civis, criminais e administrativas. A indenização civil busca punição pecuniária ou retirada pública; as sanções criminais incluem detenção, multas e negligência do dever e desqualificação para o exercício de qualquer função pública,

válida por um máximo de três anos; as penalidades administrativas incluem advertência, condenação e suspensão por até 180 dias. Remoção ou destituição de cargos públicos.

Por outro lado, se for adotado um método policial malsucedido no caso de abuso de poder, dá ao réu o direito de intentar uma ação judicial contra o dano causado ao país na ação. Se a reclamação for apresentada com sucesso de forma hipotética, o Estado tem o direito de retornar ao serviço militar sem assumir responsabilidade penal e administrativa por falta de profissionalismo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para manter a ordem social e garantir e salvaguardar os direitos, o Estado governante dispõe de meios eficazes. No campo da segurança pública, os serviços prestados pela ostensiva polícia são projetados para defender direitos, denunciar crimes e restringir os direitos individuais de apoio às comunidades. Para tanto, a Polícia Militar utilizou uma técnica muito precisa: a abordagem. Desta forma, o pessoal de segurança pode parar o crime e manter a ordem social necessária para a continuidade do Estado democrático de direito.

Ao confrontar os direitos básicos por meio de procedimentos policiais, descobrimos que, se não houver outro meio menos prejudicial do que atingir o objetivo ideal, com base em suspeitas bem fundamentadas, o julgamento dos encarregados da aplicação da lei precisa sacrificar os direitos básicos. É para o interesse público. Ressalte-se que os possíveis danos aos direitos devem ser mínimos e suficientes para determinar se o sujeito possui armas ou objetos proibidos ou documentos que constituem infração penal.

Porém, além de exigir que o executor tenha conhecimento profissional e precisão na execução, esse método também restringe os direitos básicos do ator, como a liberdade de ação. Além de exigir que o agente seja justo, não deve apenas adotar padrões pessoais, como Alto ou baixo, preto ou preto. Branco, gordo ou magro, jovem ou velho; as características da suspeita bem fundada são elementos e ocasiões, dia ou noite, deserto, roupa, atitude, etc.

Nesse método preventivo, há uma conexão direta entre o público e os seguranças, o que reforça a noção de que as leis e os regulamentos exigem ação, caso contrário perderá sua essência, que é a continuidade da paz social.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 mai. 2020

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 10 mai. 2020.

BRASIL. Decreto LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em 22 mai. 2020.

BRASIL. Decreto LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019. LEI DE ABUSO DE AUTORIDADES. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 22 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19. ed. SP: Saraiva, 2012, p 309.

DIAS, LAURA CYNTHIA FIGUEIREDO. ABORDAGEM POLICIAL: ASPECTOS LEGAIS DA BUSCA PESSOAL, 2018. MONOGRAFIA.

FERREIRA, Marcelino. Direito Administrativo – Estudando para Concurso Público. Editora R2 Learning S.A., 2009.

LIBERATO, WELLINGTON PAULINO. ASPECTOS JURÍDICOS DA ABORDAGEM POLICIAL, PELA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. SABARÁ, 2017. MONOGRAFIA FACULDADE DE SABARÁ.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores: 2010.

NAÍSA, Letícia. Hierarquia rígida, greves proibidas: a origem da Polícia Militar no Brasil, 2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/27/como-surgiu-a-policia-militar-no-brasil.htm>. Acesso em: set.2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PICCOLO, ANA CAROLINA CARNEIRO. ASPECTOS LEGAIS DA ABORDAGEM POLICIAL, Niterói-RJ Agosto/2013. UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, FACULDADE DE DIREITO. MONOGRAFIA.

ROSSEAU, Jean-Jaques. Do Contrato Social. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 1ª Ed. São Paulo: Russel, 2006.

SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da legalidade. (<http://jus.com.br/revista/texto/3816>). Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/kltexto/3816>>. Acesso em: 11 outubro 2017.

SOARES, Waldyr. Os Direitos Humanos e o Poder de Polícia. Revista Direito Militar, nº 62, novembro/dezembro, 2006.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 set. 2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 10. set. 2020.

BRASIL. **Decreto LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em 22.ago. 2020.

BRASIL. Decreto LEI Nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019. **LEI DE ABUSO DE AUTORIDADES.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 22.ago. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. SP: Saraiva, 2012, p 309.

DIAS, Laura Cynthia Figueiredo. **Abordagem Policial: aspectos jurídicos da busca pessoal. 2018.** 58. Trabalho de Conclusão de Curso Bacharel em Direito – Universidade de Cuiabá, Cuiabá, 2018.

PICCOLO, Ana Carolina Carneiro. **Aspectos Legais Da Abordagem Policial, 2013.** Universidade Federal Fluminense, Faculdade De Direito, Monografia.

MARQUES, Allan Carlos. **Aspectos Jurídicos Da Abordagem Policial, 2019.** Universidade Federal De Uberlândia, Faculdade De Direito, Professor Jacy De Assis Curso De Graduação Em Direito. Monografia, Uberlândia.

LAZZARINI, Álvaro. **Direito Administrativo da Ordem Pública.** 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1998.

LIBERATO, Wellington Paulino. **Aspectos Jurídicos Da Abordagem Policial, Pela Polícia Militar De Minas Gerais, 2017.** Faculdade De Sabará, Monografia, Sabará.

MIGUEL, Marco Antônio Alves. **Polícia e Direitos humanos: Aspectos Contemporâneos.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006. Disponível em <<http://br.monografias.com/trabalhos3/policia-direits-humanos-aspectos-contemporaneos/policia-direits-humanos-aspectos-contemporaneos.shtml>>, acesso em 20 de setembro de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores: 2010.

NAÍSA, Letícia. **Hierarquia rígida, greves proibidas: a origem da Polícia Militar no Brasil.** Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/27/como-surgiu-a-policia-militar-no-brasil.htm>. Acesso em: 25/09/2020.

NUCCI, G. S. **CÓDIGO PENAL COMENTADO.** São Paulo: Editora Rev. dos Tribunais, 2017.

ROSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 1ª Ed. São Paulo: Russel, 2006.

PINC, Tânia. **Abordagem Policial: um encontro (des)concertante entre polícia e público** *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 2ª edição. 2007.

Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010. **Estabelece Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública**. *Diário Oficial da União, Brasília, DF*, 3 jan. 2011, p. 27. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_18610812_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_4226_DE_31_DE_DEZEMBRO_DE_2010.aspx>. Acesso em: 15. Set. 2020.

Ministério da Justiça. Departamento da Polícia Federal. Caderno Didático: Curso de Extensão em Equipamentos Não Letais I (CENL-I). 2009. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/manual-do-vigilante/manual-do-vigilante/Caderno%20Didatico%20CENL%20I.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DO DIREITO SUCESSÓRIO DA PROLE EVENTUAL

FERNANDA GOMES RIBEIRO:
Acadêmica do curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

ANTONIA ALEXYA BATISTA ARAÚJO¹⁰⁵

(coautora)

ÉRIKA CRISTHINA NOBRE VILAR¹⁰⁶

(orientadora)

RESUMO¹⁰⁷: O presente artigo aborda a inseminação artificial *post mortem* e os efeitos jurídicos da utilização desta técnica bem como uma análise dos princípios que estão diretamente ligados aos direitos da prole eventual, assim como a exposição do posicionamento da doutrina e da jurisprudência, uma vez que não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação específica para regulamentar a inseminação artificial *post mortem*. O artigo tem como objetivo analisar em que medida as consequências jurídicas da prática da inseminação artificial homóloga *post mortem* refletem no direito sucessório conforme a legislação brasileira à luz dos princípios constitucionais e demais.

Palavras- chave: Inseminação Artificial *Post Mortem*, Direito Sucessório, Consentimento expresso, Princípio da Igualdade entre os Filhos.

Abstract: This article deals with post-mortem artificial insemination and the legal effects of the use of this technique, as well as an analysis of the principles that are directly linked to the rights of the eventual offspring, as well as the exposure of the position of the doctrine and jurisprudence, since there is no specific legislation in the Brazilian legal system to regulate post-mortem artificial insemination. The article aims to analyze to what extent the legal consequences of the practice of post-mortem homologous artificial insemination reflect in the law of succession according to the Brazilian legislation in light of constitutional principles and others.

Keywords: Post Mortem Artificial Insemination, Inheritance Law, Express Consent, Principle of Equality Among Children.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito à filiação no ordenamento jurídico. 1.1 espécies de filiação no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Reprodução humana assistida (RHA) na

¹⁰⁵Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. *E-mail:* alexyaaraujo2009@gmail.com.

¹⁰⁶Bacharel em direito, mestra em direito pela PURS (2015), professora do centro universitário santo agostinho. *E-mail:* erikavilar@hotmail.com.

¹⁰⁷ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 14 de novembro de 2020.

técnica de inseminação artificial. 2.1 Inseminação artificial homóloga. 2.2 Inseminação artificial heteróloga 2.3 Reprodução assistida post mortem. 3. Formas de Sucessão adotadas pelo nosso Ordenamento Jurídico. 3.1 A Vocação Hereditária. 4. Princípios que incidem no Direito Sucessório do Concebido. 4.1 Princípio do livre planejamento familiar. 4.2 Princípio da igualdade entre os filhos. 4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana. 5. O posicionamento da doutrina acerca da sucessão da prole eventual. 6. O posicionamento jurisprudencial diante da Omissão do Legislador. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar e discorrer sobre a Inseminação Artificial *Post Mortem*, tendo como foco o aprofundamento dos seus conceitos, técnicas, métodos e quais os efeitos sucessórios advindos da concepção da prole eventual, a fim de preencher as lacunas legislativas oriundas pela omissão de lei específica que o regulamente, e, como problema, quais as consequências jurídicas da inseminação artificial *post mortem* atualmente e o reflexo da sua prática no direito sucessório, envolvendo os princípios norteadores de cada um, no ordenamento jurídico com base na Constituição vigente.

A Constituição Federal preceitua que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e o Estado deve propiciar recursos para que esse direito seja exercido. Com isso, para o exercício do direito ao planejamento familiar evocaram-se várias técnicas de concepção, e a evolução dos meios de biotecnologia influenciou na forma como as famílias estão se estruturando e utilizando com bem mais frequência essas técnicas de reprodução assistidas, uma delas, a qual será abordada, inseminação artificial.

As técnicas permitem a fecundação humana por meio da manipulação de gametas e embriões com o intuito de que um novo ser venha a ser gerado. A inseminação pode ser heteróloga, onde o material genético utilizado é de um terceiro, sem relação com o casal, e a homóloga, o foco do presente estudo, na qual o material genético é do próprio casal. E, segundo Maria Berenice Dias, “chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal” (DIAS. M. B., 2016).

O emprego dessas técnicas é regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em sua Resolução CFM nº 2.168/2017, tratando apenas de normas éticas nas quais essas técnicas devem se nortear, afirmando que não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

A sucessão se dá a partir do momento em que o indivíduo falece. Com o falecimento desse indivíduo chamado de “de cujus”, o seu espólio ou patrimônio passa agora a integrar no patrimônio de outrem, ou seja, os seus sucessores, sejam eles legítimos ou testamentários.

Então, o Direito sucessório consiste em um conjunto de normas que visam regulamentar a titularidade do patrimônio do falecido para os seus sucessores. As formas de sucessão adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro que podem ser legítimas ou testamentária. Na forma legítima o Código Civil estabelece os preceitos e requisitos que devemos observar para que produza eficácia no mundo jurídico brasileiro, na sucessão testamentária devemos observar a manifestação de vontade por parte do “de cujus”, isto é, o testamento. Dessa forma, devemos observar que momento que se dá a sucessão é no falecimento.

O Código Civil ao tratar da vocação hereditária em seus artigos visa que, depois do falecimento do cônjuge, legitimam a suceder os filhos, já nascidos e os já concebidos. Em razão da expressa vontade do “de cujus” o ordenamento chama, ainda à sucessão os filhos ainda não concebidos, o estudo em questão demonstra que tais filhos ainda não concebidos são aqueles advindos de gametas guardados em criopreservação para no futuro ser usado.

Há teorias na doutrina a favor e contra o uso dos gametas preservados, pois, alguns entendem que com a morte de um dos cônjuges não reverberam mais os efeitos da sua vontade enquanto vivo, outros entendem que se houver a inseminação *post mortem* o concebido não poderia mais ser presumido filho do “de cujus”, porém, o ordenamento civil ao tratar da vocação hereditária em seus artigos visa que, depois do falecimento do cônjuge, legitimam a suceder os filhos já nascidos, mas em razão da expressa vontade do “de cujus” o ordenamento chama ainda à sucessão os filhos ainda não concebidos, o estudo em questão demonstra que tais filhos ainda não concebidos são aqueles advindos de gametas guardados em criopreservação para no futuro ser usado, e se houve a vontade de usá-los então, também, houve a vontade de ter um filho, resguardando a ele um bem testamentário.

O artigo 1.597 do Código civil em seu inciso III trata dos filhos concebidos por inseminação artificial do tipo homóloga como presunção de que sejam filhos havidos na constância do casamento, ainda que o companheiro ou cônjuge esteja falecido, portanto, também o direito sucessório aos bens do “de cujus”.

Assim, percebe-se a disciplina legal da inseminação artificial assistida, mas de uma forma insuficientemente, o que abre espaço para os constantes conflitos tanto no âmbito da medicina, como no jurídico.

1 Direito à Filiação no Ordenamento Jurídico

A priori, deve-se destacar que no ordenamento jurídico brasileiro não há definição expressa para filiação, porém, Gonçalves define a filiação como a “relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivesse gerado”.

O artigo 227, §6 da Constituição Federal de 1988, além de alterar as regras de filiação, proibiu qualquer ato discriminatório entre os filhos, também excluiu as classificações que estavam previstas no então código civil de 1916 tais como filhos incestuosos ou adulterinos, uma das inovações do código civil de 2002, foi o artigo 1.609 que em seu parágrafo único reconhece a filiação tanto no caso de antes do nascimento quanto no caso de posterior ao seu falecimento, no caso de possuir descendentes.

Maria Berenice Dias menciona que “a filiação tem três pilares, constitucionais: igualdade entre os filhos, estado civil dos pais não vincula os filhos e proteção integral dos menores”, com a evolução da sociedade o padrão de concepção de família sofreu diversas mudanças com isso os filhos gerados por meio de inseminação artificial não podem sofrer qualquer tipo de distinção, pois, é assegurado juridicamente que todos os filhos têm direitos iguais.

1.1 Espécies de filiação no ordenamento jurídico brasileiro

Como dispõe o art. 1.593 do CC: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Assim fica claro que no ordenamento jurídico brasileiro é aceita a filiação natural ou civil, no reconhecimento voluntário dos filhos, o Código Civil vigente menciona que, o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais em conjunto ou separadamente, ou seja, a lei deixa que as partes decidam individualmente (art. 1.607, CC/02).

O reconhecimento do filho é unilateral, tem como um dos seus requisitos a vontade do genitor ou genitora e será realizada por registro de nascimento, escritura pública ou particular, testamento e ainda por expressa autorização judicial esta por sua vez é irrevogável, assim como expressa o art. 1.609, caput, do CC/02, poderá ser questionado no caso de existir vício de vontade comprovado. Nos casos no qual o genitor pretenda reconhecer a paternidade não será necessário a autorização de terceiros, o menor incapaz poderá impugnar o reconhecimento no prazo de até quatro anos após a sua emancipação ou a sua maior idade, já nos casos de reconhecimento dos filhos maiores de idade precisará ter a concordância deste, para que assim seja feito o reconhecimento judicial. No ordenamento jurídico brasileiro existem outros meios de filiação, dentre eles está a adoção, que são filhos que não foram gerados por meio da relação sexual assim, o art. 41 do ECA dispõe que “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. O mesmo Estatuto menciona que, a adoção é medida excepcional e irrevogável e devem ocorrer depois de esgotadas todas as tentativas de manter a criança e/ou adolescente em sua família de origem.

No vigente Código Civil, também se reconhece como espécie de filiação a prole gerada por meio de inseminação artificial, no seu artigo 1597, expôs nos seus incisos III (fecundação artificial homóloga, inclusive a post mortem), IV (concepção artificial homóloga e a fertilização in vitro) e V (inseminação artificial heteróloga), algumas técnicas de reprodução assistida, o inciso III menciona a inseminação artificial homóloga que ocorre quando se é manipulado o gameta feminino e o masculino do próprio casal, já o inciso V, cita a inseminação heteróloga somente um dos cônjuges fornece o seu material genético, desta forma surgiu a necessidade de debater no campo jurídico doutrinário tais formas de fecundação.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RHA) NA TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

No início do século XX, ocorreu a descoberta dos gametas humanos, despertando o interesse pela pesquisa com manipulação *in vitro* dessas células reprodutivas. Assim foi dada a largada para a investigação da reprodução assistida que pode ser definida como um conjunto de técnicas e procedimentos que tem o objetivo de remediar a infertilidade humana (ALBERTINI, 2020).

Nesse contexto, surgem diversas metodologias para a condução da prática médica, sendo a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides as técnicas mais recorrentes. Além disso, o custo envolvido nos procedimentos pode variar de acordo com a técnica e seu grau de complexidade, e seu estabelecimento é definido conforme cada caso avaliado (GRYNBERG *et al.*, 2019), além de serem considerados os riscos envolvidos nesses procedimentos (ZACCHINI *et al.*, 2019). Mas já na década de 70, nasceu o primeiro bebê de proveta do mundo (GRANGEIRO *et al.*, 2020).

A inseminação artificial é uma das metodologias mais simples encontrada na reprodução assistida. Essa técnica se baseia na inserção dos melhores espermatozoides no útero da mulher a ser fecundada. A primeira tentativa de inseminação artificial em seres humanos foi realizada em 1785, pelo cirurgião escocês John Hunter, este realizou o procedimento numa mulher utilizando o sêmen do marido que apresentava um defeito na uretra impossibilitando a fecundação (CARVALHO; RODRIGUES, 2019). Nas últimas décadas, a técnica de inseminação intrauterina (IUI) tem sido o tratamento de primeira linha para subfertilidade (MICHAU *et al.*, 2019; MINTJENS *et al.*, 2019).

Geralmente a inseminação intrauterina é realizada através de uma única inseminação de sêmen preparado cerca de 24 a 36 horas depois da administração do hormônio para o estímulo final da ovulação (ARAB-ZOZANI; NASTRI, 2017; OZELCI *et al.*, 2019). Já a técnica de dupla inseminação, é indicada para maximizar a exposição de oócitos aos espermatozoides, com o objetivo de melhorar a taxa de gravidez após a inseminação. Embora exista uma tendência em ao benefício da dupla a inseminação intrauterino, não existe nenhuma estimativa estatística significativa desse método em relação ao de uma única inseminação (ARAB-ZOZANI; NASTRI, 2017; MUTLU; ERDEM; ERDEM, 2019).

Salienta-se que, há outros aspectos sobre a inseminação artificial a serem destacados, como a sua classificação como homóloga ou heteróloga. Nesse sentido é considerada inseminação homóloga, quando a fecundação ocorre pelo sêmen do cônjuge ou companheiro da respectiva mulher que o receberá, portanto, a técnica é homóloga (OMBELET, 2020). Mas quando o gameta masculino utilizado é de um terceiro, ou seja, não provém do cônjuge ou companheiro da mulher inseminada, a fecundação é classificada como inseminação heteróloga (VACCA, 2018). Dentre as formas existentes de inseminação artificial é importante ser exposto o método de inseminação artificial homóloga.

2.1 Inseminação Artificial Homóloga

A inseminação artificial do tipo homóloga é aquela em que é utilizado somente o material biológico dos pais, portanto, não há a doação por terceiro anônimo de material biológico, seja embrião, óvulo ou espermatozoide, e geralmente é utilizado para primeira escolha de tratamento para casais com problemas de subfertilidade devido a distúrbios ejaculatórios, infertilidade do fator cervical, fator masculino moderado e infertilidade inexplicada (THIJSSSEN *et al.*, 2017).

Dessa forma, a concepção por inseminação artificial homóloga é a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal ou parceiros, que realizada a fecundação *in vitro*, implanta-se o óvulo na mulher que irá gestá-lo (DIAS. M. B., 2016). O Código Civil trata apenas da presunção de paternidade (*pater is est*) na reprodução humana assistida, que se aplica ao casamento e na união estável (PEREIRA, 2019), ainda mais porque é inequívoco que os companheiros podem utilizar dessa técnica de reprodução. Nesse sentido o art. 1597 do código civil (CC):

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” (BRASIL, 2002, livro IV, cap. II).

Dessa forma, a gravidez de mulher cônjuge do “*de cujus*” decorrente de inseminação artificial leva à suposição de que ele é o cedente do material genético, pois, gera a presunção de paternidade conforme o artigo mencionado do Código Civil 1.597 em seu inciso IV ao tratar de embriões excedentários, ou seja, a prole eventual, mesmo depois do falecimento do cônjuge o ordenamento persiste na presunção de paternidade (DIAS. M. B., 2016).

Para a realização das metodologias reprodutivas, existe a necessidade de prévia autorização, escrita e expressa de consentimento livre e esclarecido informado de todos os envolvidos, para a reprodução humana assistida homóloga (DE ARAUJO, J; DE ARAUJO, C 2018). No entanto, tais requisitos não sejam contentados, a referida presunção *pater is est* deixa de existir. Mas vale ressaltar, há quem defenda que não se eximirá a possibilidade de investigação de paternidade com base no critério biológico para o reconhecimento da filiação (CARDIN; DOS REIS; CAZELATTO, 2019).

No que concerne sobre reprodução humana assistida homóloga, pode ser realizada *post mortem*, ou seja, após a morte do marido, através de seu material biológico criopreservado segundo o que fala o art. 1597 III do CC, ou usando o embrião criopreservado o que é citado no art. 1597 IV CC (BRASIL, 2002). Mesmo não sendo previsto em lei, perante o princípio da igualdade, é possível a reprodução humana assistida homóloga *post mortem* em ocasião que seja a mulher a falecida (art. VIII da Resolução CFM 2168/17):

“1. Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta

resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente. 2. É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico. 3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira” (BRASIL, 2017, anexo, II).

No caso em tela, levando em consideração a técnica da gestação de substituição (BRASIL, 2017), técnica de reprodução assistida que não possui regulação vigente, mas é conhecida como mãe ou gestação de substituição, onde há doação temporária do útero para a implantação do embrião durante a gestação, sendo geralmente utilizado quando uma mulher não consegue sustentar a gravidez normal no seu útero (CAROLINO; GALHARDO; CUNHA, 2019; LOPES *et al.*, 2019).

Ademais existe a necessidade de autorização prévia, escrita e expressa de consentimento livre e esclarecido informado de todos os envolvidos para a utilização do material genético ou de embrião excedentário após a morte do conjuge conforme o conselho federal de medicina, art. I, inciso 4, art. V, inciso 3, e art. VIII, levando ao entendimento que não se pode conjecturar a vontade de ser pai após a morte.

Admite-se, a reprodução humana assistida homóloga em outras hipóteses como a separação de ou divórcio, mas para que seja utilizado o material biológico tanto do homem quanto da mulher, há a necessidade de consentimento informado de todos os envolvidos (BRASIL, 2002).

Além da inseminação artificial homóloga que foi mostrada acima, também é utilizada no Brasil a inseminação artificial heteróloga que será descrita a seguir.

2.2 Inseminação Artificial Heteróloga

Para Maria Berenice Dias, a inseminação supracitada, é feita por meio de doação do sêmen de terceiro que não é o cônjuge, porém, contando com a sua anuência. A respeito disso Tycho Brahe Fernandes 41:

Por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga “a mãe”, quando o gameta doador for o feminino, “a pai”, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

Corroborando com esse entendimento a I Jornada de Direito Civil trouxe em seu Enunciado 104:

104- Art. 1597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

Portanto, um dos cônjuges ou companheiros, fornece o seu material genético e o outro não, devido o problema da esterilidade, também, existe a possibilidade de algum dos cônjuges ou companheiros não possam vir a contribuir com qualquer material genético. Em grande parte dos casos de utilização da técnica de reprodução heteróloga é feita pela doação de espermatozoide de terceiro.

Neste passo, é importante o consentimento do cônjuge ou companheiro assim poderá determinar se o vínculo de paternidade será reconhecido, ou não, portanto, o vínculo será civil e não natural. Diante da evolução científica tornou-se possível a concepção de uma prole eventual por meio da utilização do método de reprodução assistida *post mortem*.

2.3 Reprodução Assistida *Post Mortem*

No tocante a reprodução assistida *post mortem*, poderá ser feita de duas formas ou por meio da inseminação de uma mulher viúva com o material genético do de *cujus*, ou, pela, implantação do embrião fecundado com o sêmen do marido ou companheiro, a utilização desse método trouxe a oportunidade da viúva utilizar o sêmen criopreservado após o falecimento do seu marido, assim será concebido um filho de pai pré-morto. É importante ressaltar que esse procedimento de reprodução assistida é utilizado no caso de doença grave ou estado terminal do marido, e fecundado em sua esposa somente após a morte do esposo.

Apesar desta prática de reprodução já ter sido utilizada no Brasil, a lei brasileira ainda apresenta algumas lacunas ao tratar do direito de suceder do concebido *post mortem*, Silvio Venosa, entende que:

“Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.”

Entretanto, o único artigo que menciona o assunto é o artigo 1.597, inciso III do Código Civil/02, o qual presume a filiação, na constância do casamento, “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Pela falta de uma legislação específica eu verse sobre a regulamentação da inseminação *post mortem*, a doutrina

vem se posicionando e estabelecendo demasiadas discussões sobre o assunto, porém, mesmo sem essa regulamentação é assegurado os direitos sucessórios dos filhos que serão gerados após o falecimento de um dos genitores. Diante do exposto é importante ressaltar que atualmente que o ordenamento jurídico brasileiro adota mais de uma forma de sucessão.

3 FORMAS DE SUCESSÃO ADOTADAS PELO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Código civil vigente definiu em seu Art. 6º, que será aberta a sucessão, quando houve término da existência da pessoa natural (BRASIL, 2002). O direito se utiliza da doutrina Francesa *DROIT SE SAISINE*, o que significa que os parentes de uma pessoa que morreu, têm direito da posse de seus bens sem demais formalidade. Nesse sentido, quando houver a abertura da sucessão, será transmitida a posse da herança para os herdeiros legítimos ou testamentários.

No Brasil, o princípio citado pode ser definido como norma fundamental do direito sucessório, porém, é diferente do modelo francês, pois, aplica a transmissão a todos os herdeiros, sejam eles testamentários ou legítimos sem distinção (CATEB, 2015). O princípio de Saisine tem o intuito de impedir que o patrimônio deixado fique sem titular. Esse princípio encontra respaldo jurídico no art. 1.784 do Código civil. Carvalho (2017) cita que depois morte, entra em cena o direito, com a devida finalidade de regular a maneira na qual o patrimônio do *de cuius* será transferido para seus sucessores, determinando quem são os legítimos a recebê-lo.

Ademais, são encontradas no ordenamento jurídico, duas formas principais de sucessão pós morte, a sucessão testamentária no caso de o falecido ter deixado ato de última vontade em relação a seu patrimônio e a sucessão legítima, que deriva das normas legais, e suas disposições devem ser estritamente observadas (GONÇALVES, 2020). Dessa forma, assim dispõe o artigo 1.857 do Código civil quanto a sucessão testamentária:

“Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado” (BRASIL, 2002, livro V, cap. I)

Nesse sentido, o testamento assume caráter de negócio jurídico por se tratar de uma declaração de vontade que tem consequência jurídica, mesmo em que *post mortem*. Também assume o caráter de instrumento solene, pois, para ser válido necessita que seja exclusivamente escrito, sempre atendendo estritamente as formalidades previstas na lei (HIRONAKA, 2017).

Por regra geral, se não houver testamento, bem como não houver ato de última vontade do falecido, ocorre a sucessão é legítima, sendo deferido o patrimônio do *de cuius* às pessoas indicadas por lei, conforme a ordem de vocação hereditária do art. art. 1829 do CC (BRASIL, 2002). Além disso, no caso de o testamento ser for julgado nulo, nessa hipótese acrescentasse a revogação do testamento (HINORAKA, 2017) como é estabelecido no art. 1788 do CC. Porém, é importante ressaltar a importância de ser analisada a vocação hereditária para o maior entendimento de legitimidade hereditária.

3.1 A Vocação Hereditária

A vocação hereditária tem como seu princípio geral, previsto no ordenamento jurídico brasileiro que, somente as pessoas nascidas, assim como as que já foram concebidas no período da abertura da sucessão, têm legitimidade para serem herdeiras. Assim é encontrado no art. 1.799 do CC:

“Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir se a sucessão; II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação” (BRASIL, 2002, livro V, cap. III).

Para Gonçalves (2018), o princípio do direito das sucessões respalda na continuidade da vida humana pelas várias gerações. Nesse sentido, há a manutenção das obras do *de cuius*. Ainda em seu art. 1.799 do CC inciso I prevê a possibilidade de o testador direcionar sua herança aos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas por ele, abrindo uma exceção à regra geral permitindo que filhos ainda não concebidos possam receber a herança (FERNANDES; DA COSTA, 2020).

Outrossim, há o entendimento que, após o falecimento se não houver testamento, conforme regra geral estabelecida em lei, a sucessão ocorre por meio da ordem de vocação hereditária para os mais próximos, sendo excluídos os mais remotos. Entendendo-se que, há preferência para os descendentes aos ascendentes. (VENOSA, 2018).

Conquanto, o não reconhecimento ao direito de um filho concebido por meio de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, é uma discriminação quanto ao filho. Portanto, fere os princípios constitucionais e a própria dignidade humana. Nesse caso se houver a omissão do Estado e o herdeiro for desamparado de seus direitos, o poder judiciário violará os princípios constitucionais norteadores do nosso ordenamento jurídico (LAGE; LIMA; SOUZA, 2018).

No que tange os direitos sucessórios, é importante ressaltar que, é preciso respeitar alguns princípios no ordenamento jurídico brasileiro, pois, a sua observância é essencial para resguardar os direitos dos genitores e da prole eventual.

4. Princípios que Incidem no Direito Sucessório

O principal embasamento do direito sucessório, é que mesmo após a morte, o patrimônio que esta deixou poderá ser cuidado e preservado por outrem, realizando assim, essa a execução do direito sucessório, passando o patrimônio do falecido para os que tem direito, sendo por de lei ou de testamento. Além, disso o CC traz em a partir do art. 1.784, a regulamentação do Direito de Sucessão (BRASIL, 2002).

O início do processo de sucessão se dá com a morte imediata e automática do *de cujus*, transmitindo aos herdeiros legítimos e testamentários, não havendo a necessidade de qualquer manifestação destes (CAMPOS; MARTINEZ DE CAMPOS, 2018). Ainda segundo Silva (2012) o herdeiro receberá a posse dos bens que compõem a herança, imediatamente, ainda que não tenha conhecimento do falecimento do antigo titular. Portanto, com o evento morte, é iniciado processo de transmissão da herança aos herdeiros, conforme previsto no art. 1.829 do CC, contendo a ordem de vocação hereditária (GONÇALVES, 2018).

O ordenamento jurídico prevê na Constituição o Princípio do livre planejamento familiar (CF 226 § 7.º):

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.

Não podendo o Estado ou a sociedade limitar, ou condicionar o livre acesso às técnicas de reprodução assistida que é igualmente garantida de forma constitucional e inviolável, pois, o planejamento familiar significa para muitos casais a realização da filiação. A técnica da inseminação artificial encontra embasamento nesse preceito (DIAS. M. B., 2016). Dito isto, percebe-se a importância de uma análise dos princípios que são fundamentais no direito sucessório.

4.1 Princípio do Livre Planejamento Familiar

O exercício do planejamento familiar está respaldado na Constituição Federal (CF) de 1988 e esta garante o acesso aos recursos a sua realização (DE OLIVEIRA, 2019). Além disso, a noção de família na CF, é mais abrangente do que apenas aquela formada por via matrimônio. Assim, é previsto como família a união estável e a família monoparental, de acordo com o art. 226 da Carta Magna. O parágrafo quinto do art. 226 ainda trata da igualdade entre homens e mulheres na relação familiar, e a ele é encarregado determinar as diretrizes do planejamento familiar, e é proibido qualquer maneira de coerção vinda do Estado (FERNANDES, 2017; VALÉRIO; DE MORAIS CAPELARI, 2019).

A família possui a liberdade e autonomia para se organizar, além de estabelecer seu modo de vida, sua formação moral, de educar seus filhos, mas sempre respeitando os dispositivos legais, bem como os princípios gerais do direito. Nesse sentido, não é admissível a interferência de desconhecidos, sejam elas pessoas privadas ou o próprio Estado (DOS

SANTOS, 2018). Assim, para conceber uma criança em uma família monoparental não existem dispositivos que impossibilitem sua geração pela inseminação, pois, as normas jurídicas brasileiras preveem constitucionalmente a configuração da família monoparental (TAMAROZZI, 2020).

Por conseguinte, há a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, levando em consideração a existência de dispositivos legais que preveem a existência da monoparentalidade. Além disso, a própria Constituição Federal permite que as mulheres solteiras, assim como as viúvas, realizem as técnicas de reprodução humana assistida para constituir sua família, mesmo ainda havendo uma grande discussão acerca das implicações pode trazer ao menor com essa específica formatação familiar (ARRAIS; GOMES; CAMPOS, 2019). Ademais, existem outros princípios que são de suma importância, dentre eles, o princípio da igualdade entre os filhos.

4.2 Princípio da Igualdade entre os Filhos

Antes da atual Constituição Federal vigente, existia um conflito criado pelo Código Civil de 1916, pois, devido as várias classificações de filhos gerou-se a desigualdade entre os concebidos dentro do matrimônio que tinham a classificação de filhos legítimos e os gerados em uma relação eventual ou concubina eram considerados filhos ilegítimos, por este motivo somente os filhos gerados dentro do matrimônio poderiam ser reconhecidos.

Porém, a Constituição de 1988 trouxe um princípio que sanou este conflito, o princípio da igualdade entre os filhos está elencado no artigo 227, §6º, este aduz que os filhos gerados dentro do matrimônio e os gerados fora do casamento deverão ter direitos iguais, proibindo qualquer forma de discriminação, assim, os filhos gerados por inseminação artificial homologada após a morte do genitor, deverá ter os mesmos direitos dos demais herdeiros. Claudia Lima Marques afirma que:

A isonomia, traduzida constitucionalmente na aplicação do conceito de igualdade, buscou solucionar, portanto, vazios legislativos para situações do mundo dos fatos que reclamavam por uma interpretação mais contemporânea. Interpretação que, por sinal aos poucos era integrada na jurisprudência dos tribunais a partir da utilização de princípios gerais de direito e de análise comparativa e outros ordenamentos jurídicos. O mérito da Constituição Federal de 1988, por consequência, não foi o de inaugurar soluções a problemas do âmbito do direito de família, mas, sim, o de obrigar a interpretação das leis infraconstitucionais a uma nova realidade material: a de igualdade entre familiares nas suas relações de convívio. (Grifamos)

Dessarte, não importa se o filho foi concebido dentro ou fora do casamento, se o seu reconhecimento for homologado após morte do genitor ou se é adotado, pois, todos os filhos têm direitos e deveres, isto devido ao princípio constitucional da igualdade entre os mesmos.

Dito isto, percebe-se que este princípio vai de encontro com outro princípio que é igualmente importante que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da pessoa humana surgiu no momento no qual a história passava por diversos acontecimentos históricos que por sua vez foi uma experiência negativa para a sociedade, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, menciona que a pessoa já nasce com a sua dignidade, pois, faz parte da sua essência, e com sua integridade física e psíquica e assim sua dignidade deve ser respeitada para o bom desenvolvimento de cada pessoa.

O doutor Edilson Nobre, em seu artigo “O Direito Brasileiro e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, menciona a facilidade de encontrar qualquer violação à dignidade da pessoa humana, porém, é de grande dificuldade conceituar o que seria essa dignidade.

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 37-39).

O conceito mencionado no trecho acima mostra a peculiaridade de homem, a sua dignidade que deve ser respeitada a dignidade da pessoa humana deve ser protegida pelo Estado, pois, é possível detectar situações em que este direito. A luz da constituição de 1988, aduz como direito fundamental, a dignidade do ser humano de acordo com o artigo 1º da vigente constituição dispõe que este é um dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, assim a doutrina e a jurisprudência mostram o quanto é importante este princípio.

No que se trata o Direito de Família mostra que deve-se respeitar a autonomia dos sujeitos e a sua liberdade de escolha, desse modo torna-se indigno diferenciar qualquer tipo de filiação ou qualquer forma de constituição familiar, “o princípio da dignidade da pessoa humana garante ao instituto da família que se desenvolva de forma plena, assegurando seus membros a conseguir seus objetivos e metas”, assim descreve Maria Helena Diniz.

Entretanto, a falta de uma lei para regulamentar a doutrina encontra alguns impasses, assim gerando algumas discussões sobre os direitos sucessórios da prole eventual.

5 O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA ACERCA DA SUCESSÃO DA PROLE EVENTUAL

O posicionamento de Moreira (2005) se baseia no sentido de que os direitos sucessórios do filho fecundado *post mortem* devem ser assegurados, pois, se tratar de direito fundamental assegurado no artigo 5º, caput e inciso XXX, da Constituição Federal, assim prevalece a constitucionalização do Direito Civil, dos princípios da igualdade entre os filhos, bem como a garantia à dignidade da pessoa humana, portanto, impede a exclusão de qualquer direito. Igualdade existente entre os filhos, assegurando tratamento isonômico, não importando sua origem e conforme artigo 1.596 da referida codificação é vedada qualquer tipo de discriminação relativa à filiação. Além, disso é vedado a distinção entre os filhos conforme no art. 227, § 6º, sendo proibida a distinção da prole, até mesmo a que foi gerada por técnicas de reprodução humana assistida. Porém, a eventual prole, especificamente os indivíduos gerados por meio de materiais genéticos, são resguardados seus direitos excepcionados no código civil de 2002.

Para Monteiro (2004), não havendo testamento, se o falecido não deixar expresso qualquer ato de última vontade, a sucessão é considerada legítima, sendo deferido todo o patrimônio do *de cuius* às pessoas apontadas pela lei. Ainda de acordo com a ordem de vocação hereditária (CC, art. 1829) é estabelecido no art.1788:

“Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo” (BRASIL, 2002, livro V, cap. I).

Todavia, não existe harmonia diante da doutrina quanto aos efeitos da inseminação artificial *post mortem*, existindo três posições doutrinárias: a excludente, a relativamente excludente, e a inclusiva.

A primeira corrente conhecida como excludente, dispõe que não se admite qualquer direito ao filho advindo pelo uso de técnica de reprodução humana assistida após a morte do genitor, tanto para o direito de família, ou para fins sucessórios (ALBUQUERQUE FILHO, 2006). Para Leite (2004, p.109):

“Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão”.

Quanto a segunda corrente nomeada relativamente excludente, seria reconhecida a filiação da prole concebida na reprodução humana assistida no campo do direito de família, entretanto, não sendo possível o reconhecimento do direito como herdeiro do pai pré-morto (ALBUQUERQUE FILHO, 2006).

Com isso, Da Gama (2003, p.733) cita:

“...a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil”.

Neste sentido, para Dias (2016), mesmo que o morto tenha disponibilizado o sêmen, não pode se presumir que o mesmo, deu consentimento para ser feito o procedimento de fecundação *post mortem*, visto que é necessária sua anuência expressa para o procedimento ser realizado. Portanto, esse entendimento está vinculado ao princípio da autonomia da vontade, que leva em consideração expressamente a autorização quando ainda em vida do uso do material genético do morto para a finalidade de fecundação.

Quanto a terceira corrente que denomina inclusiva, esta reconhece os direitos à inseminação artificial *post mortem* iguais à criança concebida por essa técnica, incluindo o direito sucessório. Albuquerque Filho (2006, p. 184) argumenta que:

Assim, em um sistema jurídico como o nosso que reconhece o pluralismo das entidades familiares e a plena liberdade do planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não se pode admitir norma ou regra restritiva à inseminação artificial *post mortem*, além disso é perfeitamente possível que o projeto parental se tenha iniciado em vida, dos cônjuges ou companheiros, e venha a se concretizar após a morte de um dos mesmos. A inequívoca manifestação de vontade, fundada no consentimento expresso que tenha deixado o falecido para utilização do material genético deixado para esse fim, legítima e legaliza a inseminação *post mortem*, fazendo com que os efeitos jurídicos sejam reconhecidos, em sua plenitude, àquele nascido mediante a utilização da pré-falada técnica.

Assim como as discussões doutrinárias acerca dos direitos da prole eventual, também existem impasses no posicionamento jurisprudencial, assim fica evidente a necessidade de uma análise de cada caso concreto.

6 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DIANTE DA OMISSÃO DO LEGISLADOR

Ainda não existe uma legislação específica permissiva ou proibitiva em relação à prática da reprodução humana assistida, nem em relação ao procedimento de inseminação artificial *post mortem* no Brasil (ASSUPÇÃO; CARVALHO; SANTOS, 2019). A única regulamentação nesse sentido, é a resolução n. 2.168/2017 do CFM, que mesmo não tenha força de lei, é utilizada como parâmetro ético norteador pelos médicos, diante de possível

utilização da técnica de inseminação artificial *post mortem*. Segundo Neves (2009) não há ato ilícito no uso da técnica, desde que haja autorização prévia e esclarecida do falecido para o uso do material biológico com o intuito de conceber uma criança pela sua cônjuge.

Acerca disso, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal a 3º turma Cível, indeferiu ao julgar um pedido de uma viúva para utilizar o material genético do seu falecido companheiro, vejamos:

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA -

IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.
2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.
3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
4. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/09/2014, publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 136)

No caso em tela, a autorada ação conviveu em uma união estável de catorze anos, com o falecido companheiro, ao decorrer desse período de união ambos planejaram conceber um filho, o companheiro então fez uma cirurgia de reversão de vasectomia, entretanto, o mesmo

era portador de neoplasia maligna, então em março de 2006 decidiu firmar contrato com a empresa ré para criopreservar seu sêmen, entretanto não houve a manifestação expressa no caso da utilização do seu material genético no caso do seu falecimento, em 2007 no mês de agosto ele acabou falecendo.

Evidentemente o fato da autora não possuir a prévia autorização para assim realizar o procedimento, foi negado pelo hospital, então a autora pleiteou a ação que obteve um deferimento da 7^a vara de Família de Brasília, a autora poderia fazer a retirada do material porém, deveria fazer o pagamento dos devidos valores ao hospital.

Entretanto, o réu interpôs uma apelação, no qual foi acolhido o pedido do réu, a relatora do processo, Desembargadora Nídia Corrêa Lima, que negou provimento do recurso defendeu que mesmo que o de *cujus* não tivesse deixado uma autorização expressa, o simples fato dele ter deixado seu material criopreservado, mostrava a intenção dele de ter um filho, pois, caso contrário ele não teria feito isso.

Em contradição a este posicionamento, o Desembargador Getúlio Moraes Oliveira, que era revisor do processo, que deu provimento a apelação mencionou doutrinadores como Silmara Juny Chinelato, o revisor defendeu que é necessária a autorização expressa do de *cujus*, pois este tipo de procedimento envolve direitos da personalidade.

Seguindo outra linha de pensamento, a 13^a vara cível de Curitiba julgou procedente uma ação movida por Kátia Lernerier que estava casada com Roberto Jefferson Niels, o jovem casal enquanto tentavam conceber um filho, que em todas as tentativas sofriam a perda devidos abortos espontâneos, o casal foi surpreendido em janeiro de 2009, pois, Roberto foi diagnosticado com câncer de pele e o tratamento de quimioterapia poderia causar esterilidade.

Devido este acontecimento, Roberto depositou seu material genético em uma clínica, contudo não especificou qual a finalidade poderia ser dada ao seu material, ele veio a falecer durante o tratamento.

Pouco tempo após o falecimento do seu marido, sua viúva tentou fazer inseminação com o material genético que seu marido tinha deixado, porém, a clínica se negou a realizar o procedimento, pois, seu falecido marido não deixou nenhuma autorização expressa, então foi ajuizada uma ação de obrigação de fazer em desfavor da clínica.

Apesar de não ter a expressão autorização para a utilização do material genético, a autora da ação conseguiu provar por meio de testemunhas, amigos e familiares que ambos desejavam ter um filhos juntos, levando em consideração, as várias tentativas frustradas do casal, os depoimentos e testemunhos e as condições financeiras foram deferido seu pedido. Desta forma, nota-se que o ordenamento Jurídico Brasileiro existe, entendimentos diferentes mesmo as causas sendo semelhantes, isto ocorre devido ao fato de não existir uma legislação expressa para regulamentar esta técnica.

É importante ressaltar que, o ordenamento jurídico reconhece o pluralismo familiar e a plena liberdade do planejamento familiar, assim respeitando o princípio do livre planejamento familiar, da dignidade da pessoa humana, assim deve-se resguarda o direito dos cônjuges de conceber seus herdeiros mesmo após a morte de um dos mesmo, pois é um direito

de todos por livre e espontânea vontade conceber uma família mesmo seus herdeiros sejam gerados após o falecimento de um dos genitores, assim segue de acordo com os princípios constitucionais e princípios civil o posicionamento favorável permitindo a concepção da prole eventual utilizando da inseminação *post mortem*.

Dito isto o posicionamento jurisprudencial que reconhece o direito da concepção da prole após a morte de um dos genitores é a que melhor atende ao direito do livre planejamento familiar, a 13^a vara cível que também seguiu o mesmo entendimento da terceira corrente doutrinária que defende o reconhecimento dos direitos sucessórios dos filhos concebidos *post mortem*, estes por sua vez deve ser a corrente adotada no ordenamento jurídico brasileiro, pois, a mesma é a que melhor se adequa aos dias atuais, assim fica evidente que a corrente inclusiva é de suma importância, pois, ela assegura os direitos constitucionais e civis daqueles que anseiam constituir uma família. Diante do exposto deve-se ressaltar que este direito deve ser resguardado pelo ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

O desejo de constituir uma família pode ser um problema para muitos Brasileiros, pois, a infertilidade afeta muitos desses casais que anseiam por constituir família, o avanço tecnológico possibilitou a utilização de técnicas de reprodução assistida, principalmente a inseminação artificial que pode ser um método utilizado para garantir o direito a construção de uma família. Entre as técnicas de reprodução assistida, existe a inseminação artificial *post mortem*, todavia no ordenamento jurídico brasileiro não tem na legislação uma regulamentação adequada, portanto, existem algumas lacunas no que diz respeito aos direitos sucessórios da prole eventual.

Porém, após ser feita uma análise dos princípios que são pertinentes para a utilização da inseminação artificial *post mortem* dentre eles a igualdade entre os filhos e a dignidade da pessoa humana, constata-se que os filhos gerados por meio de inseminação artificial *post mortem* devem ter seus direitos resguardados assim sendo respeitado o direito de igualdade entre os filhos assim respeitando este princípio assegurado pela Constituição Federal presente no seu artigo 277, § 6º que é reforçado no artigo 1.596 do código civil. Entretanto quando se trata do entendimento da doutrina e da jurisprudência encontram-se em desacordo, assim, gerando discussões acerca dos direitos sucessórios dos herdeiros gerados por meio de inseminação artificial *post mortem* pois estes herdeiros são gerados após a abertura da sucessão.

Uma parte da doutrina tenta barrar a utilização da reprodução assistida *post mortem* alegando que poderá causar algum dano para a sociedade, estes também alegam que não existem direitos para os filhos que são gerados após a morte de um dos genitores, porem a outra parte da doutrina aduz que a prole concebida após a abertura da sucessão tem direitos a serem resguardado sendo direito sucessório e direitos de família, mas é necessária a expressa autorização do genitor para assim assegurar todos os direitos da prole eventual.

É importante ressaltar a necessidade de uma regulamentação específica, por sua vez deve ser feita de forma interdisciplinar principalmente com a medicina assim assegurando a segurança jurídica tanto para os direitos da prole eventual quando os direitos dos genitores,

pois, deve ser assegurado aos genitores o direito a conceber uma família, o direito de ter herdeiros mesmo que estes sejam concebidos após o falecimento de um dos seus genitores, tal perspectiva vai ao encontro de livre planejamento familiar e também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBERTINI, D. F. **Prospects for new oocyte-based assisted reproduction in animals and humans.** *Reproduction, Fertility and Development*, v. 32, n. 2, p. 7-10, 2020.

ARAB-ZOZANI, M.; NASTRI, C. O. **Single versus double intrauterine insemination (IUI) for pregnancy: A systematic review and meta-analysis.** *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, v. 215, p. 75-84, 2017.

ARRAIS, R. H.; GOMES, I. C.; CAMPOS, E. M. P. **A monoparentalidade por opção e seus aspectos psicossociais: estudo de revisão integrativa.** *Revista da SPAGESP*, v. 20, n. 1, p. 39-53, 2019.

ASSUMPÇÃO, B. G. D.; CARVALHO, L. J. D.; SANTOS, T. B. D. O. **A legitimidade sucessória do filho concebido por meio de técnica de inseminação artificial homóloga post mortem.** *Projeção, Direito e Sociedade*, v. 10, n. 1, p. 31-44, 2019.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório.** Disponível em <www.esmape.com.br>. Acesso em: 18/08/2020

BRASIL, **Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 19 de outubro de 2020.

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/2002/110406.htm#art1597>. Acesso em: 02 Mai. 2020.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 2.168, DE 21 DE SETEMBRO DE 2017. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Disponível em:
<http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026> Acesso em: 02 Mai. 2020.

CAMPOS, D. L. D; MARTINEZ DE CAMPOS, M. **Lições de direito da família.** Almedina, 2018.

CAROLINO, N.; GALHARDO, A.; CUNHA, M. **Atitudes face à doação de gametas e gestação de substituição.** *Revista Portuguesa de Investigação Comportamental e Social*, v. 5, n. 1, p. 87-98, 2019.

CARVALHO, A.; RODRIGUES, I. **Infertilidade e inseminação artificial no século XVI.** *História da Ciência e Ensino: construindo interfaces*, v. 20, p. 512-522, 2019.

- CARVALHO, L. P. V. D. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CATEB, S. D. A. **Direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. v.18. São Paulo: Saraiva, 2004
- DA GAMA, G. C. N. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Renovar, 2003.
- DE ALBUQUERQUE FILHO, C. C. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. 2006. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 02 maio. 2020.
- DE ARAUJO, J. P. M.; DE ARAUJO, C. H. M. **Biodireito e legislação na reprodução assistida**. Medicina (Ribeirão Preto. Online), v. 51, n. 3, p. 217-235, 2018.
- DE OLIVEIRA, E. M. R. **Família tradicional como cláusula p etra**. Revista Summae Sapientiae, v. 1, n. 2, p. 45-84, 2019.
- DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. rev. e atual, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27a ed. São Paulo. ed: Saraiva, 2013, v.6.
- DOS SANTOS, C. C. **A voca o hereditária na inseminac o artificial homóloga POST MORTEM 1**. 2018. Disponível em:
<https://charlenecortes.jusbrasil.com.br/artigos/626268062/a-vocacao-hereditaria-nainseminacao-artificial-homologa-post-mortem?ref=topic_feed>. Acesso em: 3 mai. 2020.
- FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodu o assistida em face da bioética e do biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000
- FERNANDES, V. H.; DA COSTA, L. R. **Aspectos da inseminac o artificial homóloga post mortem no direito sucessório do embrião**. Revista de Estudos Interdisciplinares do Vale do Araguaia-REIVA, v. 3, n. 02, p. 18-18, 2020.
- FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque, **Inseminac o Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório**. Disponível em:
http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acessado em: 03. Set. 2020
- FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodu o assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 04. Set. 2020

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro V 7-Direito Das Sucessões**. Saraiva Educação SA, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v. 6–Direito de família**. Editora Saraiva, 2018.

GRANGEIRO, Y. A.; FEITOSA, P. W. G.; CRUZ, P. H. M. G.; MATOS, S. P.; DE ALMEIDA, B. S. **Reprodução humana assistida no brasil: uma análise epidemiológica**. Revista Interfaces: Saúde, Humanas e Tecnologia, v. 8, n. 1, p. 437-444, 2020.

GRYNBERG, M.; MURPHY, C.; DORÉ, C.; FRESNEAU, L.; PAILLET, S.; PETRICA, N.; MAUREL, F.; RAVONIMBOLA, H. **A cost-effectiveness analysis comparing the originator follitropin alfa to its biosimilars in patients undergoing a medically assisted reproduction program from a French perspective**. Journal of medical economics, v. 22, n. 1, p. 108-115, 2019.

HIRONAKA, G. M. F. N. **A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil**. Ano, v. 3, p. 413-422, 2017.

LAGE, R. C. M.; LIMA, R. O.; SOUZA, A. P. **A reprodução humana homóloga post mortem: uma análise acerca do princípio da dignidade da pessoa humana como eixo central do direito à herança**. In: Anais do Congresso Internacional de Direito Público dos Direitos Humanos e Políticas de Igualdade. 2018.

LEITE, E. D. O. **Do direito das sucessões**. Comentários ao novo código civil, 2004.

LOPES, H. E. A.; DE ABREU FLEURI, C.; FREITAS, I. K. M.; LEAL, S. C. P.; BRANDÃO, M. M.; JÚNIOR, J. R. F.; RODRIGUES, R. J. **Análise jurídica sobre gestação em útero alheio**. Anais da Jornada Jurídica do Curso de Direito da unievangélica, v. 2, n. 1, p. 50-57, 2019.

MICHAU, A.; EL HACHEM, H.; GALEY, J.; LE PARCO, S.; PERDIGAO, S.; GUTHAUSER, B.; ROUSSEAU, A.; DAHOUN, M.; GUILLAUME, C.; TABCHOURI, N.; HAMMOUD, I **Predictive factors for pregnancy after controlled ovarian stimulation and intrauterine insemination: A retrospective analysis of 4146 cycles**. Journal of Gynecology Obstetrics and Human Reproduction, v. 48, n. 10, p. 811-815, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Revista dos Tribunais. v. 4, p. 333, ago, 2011.

MONTEIRO, W. D. B. **Curso de Direito Civil**, v. 2: Direito de Família, 37 ed., ver e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, E. R. **O enfrentamento do biodireito pela Constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 53, p. 134-147, 2005.

NEVES, R. S. **Curso de direito das sucessões**. Lumen Juris, 2009.

OMBELET, W. **Artificial Insemination with Partner's Sperm for Male Subfertility. Male and Sperm Factors that Maximize IVF Success**, p. 154, 2020.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**: volume V: direito de família. 2019.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000. v 1, p. 72.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TAMAROZZI, G. D. A. **Família e identidade: uma realidade em movimento**. Humanidades & Inovação, v. 7, n. 2, p. 64-75, 2020.

THIJSEN, A.; CREEMERS, A.; VAN DER ELST, W.; CREEMERS, E.; VANDORMAEL; E.; DHONT, N.; OMBELET, W. **Predictive value of different covariates influencing pregnancy rate following intrauterine insemination with homologous semen: a prospective cohort study**. Reproductive biomedicine online, v. 34, n. 5, p. 463-472, 2017.

VACCA, M. A. **Talk About a Human Rights Violation: How Heterologous Assisted Reproduction Harms Children and Violates International Human Rights Law**. Ave Maria Int'l LJ, v. 7, p. 53, 2018.

VALÉRIO, C. M. B.; DE MORAIS CAPELARI, E. C. **O direito de família no século XXI e seus desafios advindos da proeminência do princípio da afetividade**. Revista Direito Vivo, v. 10, n. 1, p. 111-134, 2019.

VENOSA, S. D. S. **Direito civil**, direito das sucessões. 18.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018, v. 6.

ZACCHINI, F.; SAMPINO, S.; STANKIEWICZ, A. M.; HAAF, T.; PTAK, G. E. **Assessing the epigenetic risks of assisted reproductive technologies: a way forward**. The International Journal of Developmental Biology, v. 63, p. 217-222, 2019.

A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEDIDAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONDOMÍNIOS

ELAINE APARECIDA SANTOS NASCIMENTO ALMEIDA:
Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES¹⁰⁸

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade analisar a possibilidade de aplicação da Mediação e a Conciliação como instrumentos de solução de conflitos em Condomínios. Com a edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos, da promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e do novo Código de Processo Civil, a mediação e conciliação passaram a ter um enfoque jurídico gigantesco, haja vista, a promessa de sua aplicação tornar mais célere e conseqüentemente mais eficiente a persecução da justiça. Atualmente, com a intensificação do acesso às mídias sociais, vislumbramos rotineiramente, situações de conflitos entre condôminos e administradores que vão parar até mesmo nas delegacias de polícia. Diante deste cenário, muito se discute a implantação da mediação e conciliação na solução dos conflitos decorrentes da convivência em Condomínios. Este trabalho objetiva, portanto, discorrer sobre os métodos de utilização da mediação e conciliação condominiais à luz do Código de Processo Civil e de normativas correlatas, e os impactos gerados com sua aplicação. A metodologia aplicada é a qualitativa baseada em estudos doutrinários, artigos acadêmicos e legislação relacionada à matéria.

Palavras-chave: Condomínios; Mediação e Conciliação; Solução de Conflitos.

INTRODUÇÃO

A convivência em sociedade é alvo de estudo de vários ramos do conhecimento, haja vista os interesses pessoais, pensamentos e culturas que cada indivíduo carrega de modo particular e, que muitas vezes se opõe ao de seu semelhante. Exemplos destes embates pessoais são vivenciados diariamente por pessoas que residem em Condomínios residenciais ou que trabalham em condomínios profissionais.

Embora constituídos de estatutos próprios de regras de convivência, conflitos desta natureza, cada vez mais comuns, batem às portas do Judiciário brasileiro, como meio de solução entre os condôminos.

Com um sistema Judiciário sobrecarregado de ações de toda ordem, em 2010 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 125/2010 (BRASIL, p. 01), dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos interesses no âmbito do Poder Judiciário. Cinco anos mais tarde, foi promulgado o novo Código de

108 GONÇALVES, Kelly Nogueira da Silva. Especialista em Direito Civil e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail: profkellynogueira@gmail.com.

Processo Civil, por meio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em que a Mediação e Arbitragem passaram a ter um enfoque jurídico gigantesco, haja vista, a promessa de sua aplicação tornar mais célere e eficiente a persecução da justiça. Atualmente, com a intensificação do acesso às mídias sociais, vislumbramos rotineiramente, situações de conflitos entre condôminos e administradores que vão parar até mesmo nas delegacias de polícia. Diante deste cenário, muito se discute a implantação da mediação e conciliação na solução dos conflitos decorrentes da convivência em Condomínios. Neste contexto, questiona-se como implantar e quais os benefícios de se aplicar a mediação e conciliação como forma de solucionar os conflitos em Condomínios?

Para tanto, como objetivo geral o presente trabalho irá discorrer sobre os métodos de utilização da mediação e conciliação condominiais à luz do Código de Processo Civil e de normativas correlatas, e os impactos gerados com sua aplicação, utilizando-se para tanto da persecução dos seguintes objetivos específicos: a) Conceituar Condomínio; b) traçar as características da mediação e conciliação prevista no Código de Processo Civil; c) contextualizar sobre a forma de se utilizar a mediação em condomínios e d) observar se os resultados da mediação são benéficos ou não aos condôminos.

O estudo desta temática se mostra muito relevante, uma vez que a **mediação e a arbitragem** já vêm sendo adotadas por grande parte dos condomínios, com a promessa de dirimir questões que eventualmente contrariem o Regimento Interno e a Convenção do Condomínio e proporcionar maior celeridade e segurança aos condôminos.

Por ser uma matéria que envolve uma comunidade e as suas relações, o debate acerca do tema se mostra atual e necessário, haja vista que para além de facilitar a solução dos conflitos entre os moradores, poderá ainda diminuir as ações judiciais dele decorrente.

Geralmente os conflitos se apresentam como ações pequenas como importunação do sossego, criação de animais, inadimplências, que poderão ser resolvidas com medidas pacificadoras como a mediação e a arbitragem, a depender da situação, conforme será abordado oportunamente.

Ainda serão analisadas as decisões comumente prolatadas pelas Cortes Superiores sobre a adoção da mediação e a arbitragem e suas consequências no mundo jurídico.

O artigo foi estruturado em 04 (quatro capítulos): Introdução; Conceitos e Características do Condomínio no Sistema Jurídico Brasileiro; a Mediação e Conciliação Segundo o Código de Processo Civil, a Aplicação da Mediação e Conciliação nas Relações Condominiais, acrescidos de Considerações Finais e Referências Bibliográficas.

A metodologia aplicada ao presente trabalho é a dedutiva-qualitativa, em que serão utilizados como referencial teórica: doutrinas jurídicas, jurisprudências, revistas, e artigos científicos de estudiosos sobre o assunto, como Scavone Júnior (2018) e Savy (2016).

1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DO CONDOMÍNIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Para se compreender os aspectos conceituais e característicos do Condomínio faz-se necessário proceder a uma análise perfunctória das origens deste instituto.

Segundo esclarece Moran (1996, p. 31):

Ao pesquisar o direito babilônico, CUQ dá a conhecer um documento originário da antiga Caldéia, ao tempo de IMERUM, rei de Sipar, antes do segundo milênio da era cristã, referente à venda do rés-do-chão de uma casa, onde o andar superior, utilizado como taverna, permanecia propriedade do vendedor.

Neste documento antigo, de acordo com a autora, há a divisão da propriedade em dois imóveis, sendo um utilizado pelo comprador e o outro o vendedor.

O uso coletivo de solo também esteve presente na Idade Média, com características muito semelhantes ao condomínio atual, e teve origem no relato de que um grande incêndio devastou diversas casas no período medieval, e para economizar tempo e dinheiro, as famílias se agruparam em pequenas comunidades, onde foram construídos edifícios divididos em pisos (RACHKORSKY, 2015, p. 40).

No Brasil, as edificações deram início com o seu descobrimento em 1500, mas conforme ensina Machado (2013, p. 29), foram nas Ordenações Filipinas que apareceram os indícios de regramento sobre condomínio, conforme se denota do excerto a seguir:

Verificamos nas Ordenações Filipinas indícios de regramento daquilo que hoje se conhece por condomínio edilício, ao constataremos passagens que regulam a hipótese de a um indivíduo pertencer o sobrado e a outro o sótão, regramento este que, mais tarde, veio a ser inserido por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis, onde o artigo 946 assim se expressava: “Se uma casa for de dois donos, pertencendo a um as lojas e ao outro, o sobrado, não poderá o dono do sobrado, fazer janela, ou outra obra, sobre o portal das lojas.”

Percebe-se que no início da colonização no Brasil, a ideia de divisão e de convivência em comunhão esteve presente, entretanto, o Código Civil de 1916 ignorou tal instituto, pois se preocupou somente com a regulamentação da propriedade vertical.

Já o Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), reservou o Capítulo VII para tratar sobre o Condomínio, até então regulamentado pela Lei nº 4.591/64.

Neste aspecto, insta ressaltar que embora seja uma norma específica, com a promulgação do Código Civil em 2002, a aludida lei fora reformulada praticamente por inteiro, considerando as inovações consignadas nos arts. 1.331 a 1.357 do Código Civil.

Isto se deve ao fato de o Código Civil conter normas especiais que podem revogar normas anteriores com ele incompatíveis.

Acerca do Condomínio, o artigo 1.331 do Código Civil (CC/2002) traz as seguintes considerações:

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1^oAs partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelotas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.

§ 2^oO solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3^oA cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

§ 4^oNenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5^oO terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

A ideia de condomínio decorre da comunhão das relações interpessoais, para atingir como maior efetividade determinado resultado. Exemplo clássico de comunhão empregada no Direito Civil é o casamento, onde os esforços de duas pessoas se encontram para construir um lar, adquirir patrimônios e constituir família.

Quando a comunhão recai sobre a propriedade, ocorre o condomínio ou compropriedade. Deste modo, é correto afirmar que a comunhão neste caso é o gênero, do qual o condomínio é a espécie. Para a configuração do condomínio há que se estar presente dois elementos: sujeito plural e coisa indivisa, ou seja, uma pluralidade subjetiva e unidade objetiva (BESSONE, 1996, p. 79).

Conceituando condomínio Gonçalves (2017, p. 617) esclarece que:

Em regra, a propriedade de qualquer coisa pertence a uma só pessoa. Pode-se dizer que a noção tradicional de propriedade está ligada à ideia de assenhoreamento de um bem, com exclusão de qualquer outro sujeito. Mas há casos em que uma coisa pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente. Esta situação é designada por indivisão, compropriedade, comunhão ou condomínio.

Quando os direitos elementares do proprietário (CC, art. 1.228) pertencerem a mais de um titular, existirá o condomínio ou domínio comum de um bem. Configura-se este, portanto, quando determinado bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes.

Percebe-se que a ideia de Condomínio está atrelada à divisão de coisa comum, sendo assim, embora cada pessoa tenha a sua cota pessoal de assenhoreamento de um bem, comunga com os demais, de alguns espaços de modo comunitário.

Justamente por partilharem de espaços comuns, os condomínios devem estabelecer regras de convivência e de vizinhança entre os condôminos para que possam coabitar em harmonia e tranquilidade.

Barbosa (2015, p. 01) estabelece que existe a figura do Condomínio Comum e Condomínio Edifício, vejamos:

É comum serem confundidos os institutos do condomínio geral e do condomínio edilício. Pode-se dizer, de maneira simples, que um (condomínio edilício) é espécie do outro (condomínio geral). Condomínio geral se caracteriza pelo fato de existir, simultaneamente, dois (ou mais) direitos de propriedade incidindo sobre um mesmo bem, móvel ou imóvel. Como forma de ilustração, basta dar o seguinte exemplo: 2 irmãos, não tendo dinheiro para comprar 2 veículos (um para cada), se cotizam e adquirem um só para ambos. Ou seja, ambos são condôminos do carro; e não, como muitos pensam, sócios de um carro. Condomínio não é sociedade, condôminos não são sócios. O primeiro instituto (condomínio) é próprio dos direitos reais (previsto nos artigos 1314 a 1330 do Código Civil; já o segundo (sociedade) é típico do direito empresarial (ver arts. 981 e segs. do Código Civil). O Condomínio edilício, por sua vez, refere-se exclusivamente aos imóveis onde coexistem partes comuns e partes exclusivas, por exemplo: num edifício residencial, o apartamento é propriedade exclusiva e partes como elevadores, piscinas, portaria etc, são partes comuns, sendo que cada condômino é dono de seu apartamento mais uma fração ideal nas partes comuns.

Denota-se que o objeto desse estudo, corresponde ao Condomínio Edifício, por incidir sobre tema de Direitos Reais. Insta esclarecer que nos termos do art. 1.347 a administração do condomínio será definida por Assembleia: “A assembleia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se”.

O Código Civil é claro em estabelecer que os condôminos nomeiem um síndico para administrar os espaços comuns. Neste aspecto cumpre trazer a lume as atribuições conferidas ao Síndico, dispostas no art. 1.348 do Código Civil:

Art. 1.348. Compete ao síndico:

I - convocar a assembleia dos condôminos;

II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;

III - dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio;

IV - cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia;

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano;

VII - cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas;

VIII - prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas;

IX - realizar o seguro da edificação.

§ 1º Poderá a assembleia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.

§ 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção.

Vislumbra-se do excerto supra que o síndico poderá representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns.

Neste contexto, com o incentivo legal para se realizar a mediação e a conciliação em todas as áreas civis, pretende-se analisar a possibilidade de aplicação destes institutos aos Condomínios, ou seja, que os Síndicos fomentem estas ações no âmbito condominial.

A mediação e conciliação serão abordadas no capítulo seguinte.

2. A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A conciliação surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT em 1934, onde foram implantadas as Juntas de Conciliação e Julgamento (BRASIL, CLT, 1934).

Posteriormente, instituíram-se no Brasil os Juizados Especiais com o objetivo de conciliar conflitos de menor complexidade, conforme se observa da análise histórica feita por Dalla (2017, p. 08):

Com os Juizados Especiais a conciliação ganhou força, prevendo o antigo Juizado Especial de Pequenas Causas, em seu art. 2º, que se buscava, sempre que possível, a conciliação. Posteriormente a Constituição previu a criação dos Juizados Especiais, os quais seriam competentes para conciliar em causas de menor complexidade. Em 1994, com a edição da Lei nº 8.952/94, alterou-se o CPC/73 para incluir a conciliação entre os deveres do Juiz e inseri-la como uma das finalidades da audiência preliminar. Passados mais de 70 anos de seu primeiro registro legislativo, hoje já é realidade a Semana da Conciliação, estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça, realizada anualmente, em todos os tribunais brasileiros. Os resultados são publicados no site do CNJ, o qual mantém estatísticas de acordos realizados.

Denota-se que com a edição da CLT, a conciliação se firmou como alternativa mais célere para a solução dos conflitos, sedimentada pelas Juntas de Conciliação, que posteriormente foram extintas pela Emenda Constitucional nº 24/1999. Não obstante a extinção destas entidades conciliatórias, o revogado Código de Processo Civil de 1973 (por meio de alteração da Lei nº 8.952/94) incumbiu ao juiz do dever da conciliação na realização de audiência preliminar.

No tocante à mediação, em 1998, por meio do Projeto de Lei nº 4.827/98, tentou-se regulamentar a mediação no Brasil, entretanto, tal propositura legislativa fora arquivada em 2006. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125/2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, que dentre outras determinações, incumbiu ao Judiciário além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação. (DALLA, 2017 p. 09)

Já em 2015, com a edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 a mediação adentrou efetivamente no conjunto normativo brasileiro, dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Neste mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que implantou o novo Código de Processo Civil - CPC, revogando na íntegra o CPC de 1973. A mediação e conciliação passaram a ter destaque ao exibir capítulo inteiro destinado à matéria (arts. 165-175), além de ser considerada em interpretação principiológica.

A mediação e conciliação são espécies de autocomposição, uma vez que o mediador e conciliador se restringem, respectivamente, a orientar as partes e sugerir uma solução de conflito, diferentemente do juiz ou árbitro que a impõem (SCAVONE JÚNIOR, 2018, p. 24-25).

Não se pode olvidar que a Arbitragem também se apresenta como mecanismo de solução de conflito, mas com característica de heterocomposição (jurisdição privada), pois, conforme esclarece Scavone Júnior (2018, p. 24): “é um meio privado e alternativo à solução judicial de conflitos, desde que esses conflitos sejam decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, solução esta atribuída por intermédio da sentença arbitral (...)”. Visando delimitar o escopo do presente trabalho, a arbitragem será tratada de forma precária, e com aplicação analógica e esparsa.

Embora insertos na mesma Seção, a Mediação e Conciliação não se confundem, conforme preleciona Sales; Damasceno (2014, p. 147), a mediação consiste em:

A mediação é um mecanismo de solução de conflitos voluntário, consensual e pacífico de tentativa de solução de conflitos, baseado no diálogo e facilitado pelas técnicas utilizadas por uma terceira pessoa imparcial - o mediador - que auxilia os envolvidos na controvérsia a construírem um acordo que melhor os satisfaçam, sem formular propostas e sugestões. É uma forma amigável e pacífica de tentativa de solução de controvérsias (podendo estar associado ou não ao sistema judicial tradicional) na qual as próprias pessoas envolvidas no conflito podem construir a solução do problema através do diálogo. É um método confidencial e voluntário, no qual a responsabilidade das decisões cabe apenas às partes envolvidas.

Observa-se que na mediação as partes por si só chegam à resolução do conflito, o mediador não propõe soluções e atua somente no fomento do diálogo. Há uma sensação de capacidade dos conflitantes em resolver os seus problemas, o que torna este instrumento muito eficiente.

Por outro lado, a conciliação, conforme conceitua Naves (2018, p. 03) compreende:

Já na conciliação as partes confiam a uma terceira pessoa, o conciliador, a função de ajudar na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa que atua, após um treinamento, como um facilitador de acordo entre os envolvidos, criando um ambiente em que o haverá o entendimento e a aproximação das partes para buscar a solução do conflito.

Na conciliação, o conciliador tem um papel mais ativo que na transação, haja vista que este propõe soluções às partes a quem compete definir sobre o seu aceite ou não.

Clarificando esta distinção, Calmon (2019, p. 144), esclarece:

A principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes,

dirigindo o ‘procedimento’, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo.

Enquanto na mediação o dirigente viabiliza o diálogo e modera os ânimos, sem firmar qualquer proposta resolutiva, na conciliação atua como proponente de uma solução que é submetida à análise das partes. Tanto na mediação quanto na conciliação deve imperar, nos termos do art. 166, do Código de Processo Civil, os princípios da: “independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.” (BRASIL, CPC/2015).

Embora distintas, o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar do procedimento e estruturação, tratou a mediação e conciliação do mesmo modo. O art. 165 do CPC determinou a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Demandas, onde será adotada a mediação de forma preferencial, quando houver vínculo social anterior prolongado entre as partes, e, em contraposição, a conciliação quando não houver este vínculo. (SCAVONE JÚNIOR, 2018, p. 299).

Na prática a norma processual civil estabelece, em regra, a realização de audiência de conciliação ou mediação entre as partes, no intuito de que o encontro entre eles consiga resolver os problemas pré-estabelecidos, entretanto, esta não é obrigatória, quando uma das partes não tenha interesse na composição consensual da lide ou quando ela não permitir autocomposição, haja vista que estas só incidem sobre direitos disponíveis. Para que esta audiência não ocorra, o interessado deverá manifestar-se nos autos, seja na inicial ou em peça avulsa, com antecedência de 10 (dez dias). (NAVES, 2018, p. 05).

Em ocorrendo a audiência conciliatória ou mediatória, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados, com poderes específicos para negociar e transigir, sendo que o resultado da autocomposição obtida será reduzido a termo, e homologado por sentença.

Há de se ressaltar que tal processamento se dá no âmbito das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, sendo que a lei assegura a escolha de outro meio de solução do conflito, como se observa do ensinamento de Neves (2017, p. 76-77):

O art. 175 do Novo CPC se preocupa em esclarecer que a seção do Código de Processo Civil destinada à conciliação e à mediação judiciais não exclui outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes. Essas formas extrajudiciais de solução dos conflitos são reguladas pela Lei 13.140/2015, sendo as regras consagradas no Novo Código de Processo Civil a respeito do tema aplicadas apenas no que couber às câmaras privadas de conciliação e mediação.

Depreende-se do excerto que as demais formas de solução de conflito que transcendem a esfera judicial são reguladas pela Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), em que também há processamento, fixação de princípios e diretrizes para sua aplicação, a qual será explorada oportunamente.

Seja no âmbito judicial ou extrajudicial a mediação e conciliação se apresentam como institutos que objetivam fomentar o diálogo e a pacificação social, onde a razoabilidade se manifesta e impera o acordo de vontades. Destarte, torna célere e econômica a busca pela justiça quando se tratar de conflitos atinentes a direitos disponíveis.

Por revestirem-se os conflitos condominiais, de direitos comumente disponíveis, será tratado no próximo capítulo a aplicabilidade da mediação e conciliação nestes litígios.

3. A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS RELAÇÕES CONDOMINIAS

Como estudado anteriormente, com o crescimento e desenvolvimento das cidades brasileiras, novas formas de moradia surgiram, dentre elas o compartilhamento de espaços comuns, sendo assim, houve a necessidade de se regulamentar este tipo de habitação para que os conviventes usufruam destes locais de forma pacífica. Eis que foi promulgada a Lei nº 4.561/64 estabelecendo regimento sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Guardando relação com o objeto da presente pesquisa, a referida lei estabelece em seu art. 9º (BRASIL, 1964), que:

Art. 9º Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a Convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação em assembleia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações.

§ 1º Far-se-á o registro da Convenção no Registro de Imóveis, bem como a averbação das suas eventuais alterações.

§ 2º Considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer ocupante, a Convenção que reúna as assinaturas de titulares de direitos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio (...).

Nota-se que para a instituição de um condomínio a lei obriga a elaboração da Convenção de Condomínio devidamente registrado em Cartório, que deverá conter no mínimo, os itens elencados no § 3º do mesmo dispositivo, incluindo a aprovação de um Regimento Interno.

Corroborando esta obrigatoriedade, cumpre trazer a lume, o disposto nos artigos 1.333 e 1.334 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:

I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

II - sua forma de administração;

III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;

IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;

V - o regimento interno.

Por força das normas transcritas, tem-se que a Convenção de Condomínio e o Regimento Interno dela decorrente, estabelecem o regimento da convivência condominial, previamente e livremente definido pelos titulares de direito sobre as unidades, respeitando-se as normas vigentes.

A aplicabilidade da Mediação e Conciliação sobre a relação condominial é amplamente discutida na doutrina devido à natureza da Convenção do Condomínio, uma vez que a Lei nº 13.140/2015 estabelece que a mediação deve estar inserida em cláusula contratual para ser aventada, e, para a maioria dos estudiosos, a aludida Convenção não é um contrato, mas sim, possui caráter predominantemente estatutário ou institucional, entendido, pois, como um ato-norma ou ato-regra. (GROSSI, 2018, p. 68).

Outro ponto de discussão reside no fato de que a Mediação não seria aplicada ao condômino que adquire unidade condominial depois da instituição do condomínio, posto que não a pactuou expressamente.

Tecendo considerações sobre as divergências suscitadas, Grossi (2018, p. 68-69):

Sua natureza estatutária torna-se evidente no fato de que a mesma não se limita aos que participaram de sua elaboração ou de sua votação, estendendo-se para além dos que a assinaram e seus sucessores e subrogados, alcançando, também, pessoas estranhas, o que a diferencia dos contratos. (...)

Em que pese a natureza jurídica da Convenção, o fato é que a mesma deve ser considerada como um contrato atípico, vez que suas regras são autolimitadas, regendo a relação entre os condôminos, ou proprietários das unidades habitacionais autônomas.

Abstrai-se que a natureza jurídica da Convenção do Condomínio guarda similaridade com a Lei, e possui pujança normativa, deste modo, seus dispositivos alcançariam não só os condôminos que participaram da sua elaboração, como também aos novos adquirentes e terceiros estranhos a esta relação.

Além do mais, por constituir-se de regras autolimitadas que rege a relação entre condôminos ou proprietários das unidades habitacionais autônomas, deve ser considerado como contrato atípico, passível, portanto, da incidência da Mediação e Conciliação, se esta estiver prevista em seu texto compositivo.

Reconhecendo a validade da solução alternativa de conflitos nas relações condominiais, o Superior Tribunal de Justiça - STJ no Recurso Especial nº 1.733.370-GO, proferiu o seguinte entendimento:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. CONDOMÍNIO. CONVENÇÃO CONDOMINIAL DEVIDAMENTE REGISTRADA. NATUREZA JURÍDICA INSTITUCIONAL NORMATIVA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. NOVO CONDÔMINO. SUBORDINAÇÃO À CONVENÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. A matéria discutida no âmbito da Convenção de condomínio é eminentemente institucional normativa, não tendo natureza jurídica contratual, motivo pelo qual vincula eventuais adquirentes. Diz respeito aos interesses dos condôminos e, como tal, não se trata de um contrato e não está submetida às regras do contrato de adesão. Daí a desnecessidade de assinatura ou visto específico do condômino. 3. Diante da força coercitiva da Convenção Condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes. Por consequência, os eventuais conflitos condominiais devem ser resolvidos por arbitragem. 4. Havendo cláusula compromissória entabulada entre as partes elegendo o Juízo Arbitral para dirimir qualquer litígio envolvendo o condomínio, é inviável o

prosseguimento do processo sob a jurisdição estatal. 5. Recurso especial não provido.

Na decisão do STJ é possível aferir que uma vez prevista na Convenção do Condomínio cláusula de mediação e de arbitragem para resolução de disputas envolvendo os condôminos, torna-se desnecessário que tais assuntos sejam levados ao Poder Judiciário, ante a sua força coercitiva.

No Informativo intitulado “Julgamentos em Tese”¹⁰⁹ o Superior Tribunal de Justiça sacramentou esta matéria:

A convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal.

Pende ressaltar que a Arbitragem compõe a estrutura de soluções pacíficas de conflito, e conforme esclarecimento da Corte Superior, se a Convenção do Condomínio determinar a realização de Arbitragem, Mediação ou Conciliação (instrumentos de autocomposição), esta faz lei entre as partes.

Sobre a temática, Grossi (2018, p. 79) preleciona:

Ainda que não haja obrigatoriedade, tampouco seja comum a previsão de Cláusula Compromissória de Mediação na Convenção de Condomínio, a opção pela sua inserção possibilita aos condôminos e ao condomínio o controle do processo decisório quando surgirem desavenças, o que não ocorre em um eventual processo judicial onde um terceiro decidirá a lide com base em sua interpretação dos fatos e fundamentos constantes dos autos, o que poderá inviabilizar as relações futuras, vez que não proporciona a recuperação do diálogo que foi abalado pelo conflito, tampouco a solução consensual.

Em linhas iniciais a autora traz os benefícios de se incorporar à Convenção de Condomínio os instrumentos de solução de conflitos alternativos. Discorrendo sobre os estas vantagens, Prado (2020, p. 01), relaciona:

Ao longo dos anos, a mediação tem se firmado como método capaz de trazer inúmeras vantagens aos que dela se utilizam. Um dos benefícios é a eficácia dos acordos que são realizados, visto que quase todos são cumpridos, porque as próprias pessoas que estão inseridas no conflito participaram da construção da solução, o que gera compromisso para implementação de uma maneira natural. Outras

¹⁰⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Julgamentos em Tese. ed 122. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>> Acesso em: 10 out. 2020.

vantagens são a economia de tempo, pois os problemas podem ser resolvidos em apenas uma ou algumas sessões de mediação, que duram poucas horas, e a redução de custos, já que se costuma conhecer previamente os valores que serão despendidos, sem surpresas. Importante ressaltar que, caso a mediação não atinja o objetivo desejado, as pessoas ainda podem utilizar outro método de resolução extrajudicial de conflitos que é a arbitragem, no qual um árbitro, especialista na questão que está sendo tratada, vai decidir a solução para o caso concreto, porque as partes não conseguiram elas mesmas chegar a uma decisão.

A aplicação da mediação e conciliação, como medida solução de conflitos, objetiva a eficácia dos acordos firmados, eis que manifestado pela vontade discricionária das partes, diminuição do tempo para consecução do fim do conflito e redução significativa de custos.

Savy (2016, p. 02), ainda enfatiza o seguinte: “outro benefício é o de obter a mesma eficácia judicial, sem o desgaste físico, psicológico e financeiro”.

Como as questões conflituosas envolvendo condomínios muitas vezes estão atreladas às discussões de menor complexidade, como horário de permanência em locais comuns, permissões de animais domésticos dentre outros, desponta na doutrina, a adoção da Mediação e Conciliação como medida célere e de baixo valor. No entanto, estas soluções devem estar previstas na Convenção do Condomínio ou em suas atualizações para surtirem os seus efeitos no âmbito jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida em comunidade é comumente movida por conflitos de convivência, ante a diversidade de interesses pessoais, pensamentos e culturas que cada indivíduo carrega de modo particular e, que muitas vezes se opõe ao de seu semelhante.

Esta divergência se mostra exemplificada nas relações condominiais, onde espaços comuns são compartilhados e os conceitos de boa vizinhança e de harmonia com o próximo são postos diariamente à prova.

Historicamente a arbitragem, mediação e conciliação evoluíram no Brasil como mecanismos alternativos ao Judiciário, como meio de solução de conflitos de direitos disponíveis. Para tanto, a legislação atual, seja por meio de normas específicas como a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) e as Leis Gerais que instituíram o Código Civil e o Processual Civil, preveem tais institutos no ordenamento jurídico vigente.

De acordo com a doutrina majoritária corroborada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se a Convenção de Condomínio ou suas atualizações, tiveram cláusulas de mediação ou arbitragem, para resolução de disputas envolvendo os condôminos, torna-se desnecessário que tais assuntos sejam levados ao Poder Judiciário, ante a sua força coercitiva.

Neste contexto, tem-se que a solução da problemática apresentada remete ao fomento de que entidades condominiais ao optarem pela solução heterogênea de conflito estabeleçam de forma clara em suas Convenções e Regimentos Internos, detalhando sobre medida as especificidades de seu processamento.

Isto porque, a Convenção do Condomínio guarda similaridade com a Lei, e possui pujança normativa, deste modo, seus dispositivos alcançariam não só os condôminos que participou da sua elaboração, como também aos novos adquirentes e terceiros estranhos a esta relação.

Além do mais, por constituir-se de regras autolimitadas que rege a relação entre condôminos ou proprietários das unidades habitacionais autônomas, deve ser considerado como contrato atípico, passível, portanto, da incidência da Mediação e Conciliação, se esta estiver prevista em seu texto compositivo.

A aplicação da mediação e conciliação na resolução de conflitos condominiais tende a ser mais eficiente, ante as discussões de menor complexidade que geralmente se revestem este convívio, como horário de permanência em locais comuns, permissões de animais domésticos, dentre outros, e por este motivo, objetivam tornar mais célere e menos dispendiosa a divergência apresentada.

A presente pesquisa busca ampliar o debate acerca da matéria, de modo que estes institutos sejam considerados nestas relações que padecem muito mais de diálogo e ajuste de vontades, do que a decisão racional e fria da Justiça.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Condomínio Geral e Condomínio Edilício**. Código Civil. 2015. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/condominio-geral-e-condominio-edilicio>> Acesso em: 05 jun. 2020.

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. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>> Acesso em: 09 out. 2020.

_____. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 09 out. 2020.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao Recurso Especial**. Recurso Especial nº 1.733.370-GO. Aparecido Barrios Costa e Condomínio Housing Flamboyant. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 31 de agosto de 2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/620254944/recurso-especial-resp-1733370-go-2018-0002529-8/inteiro-teor-620254949> >. Acesso em: 10 out. 2020.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 4 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019.

DALLA, Humberto. **O Marco Legal da Mediação no Brasil**. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/07/o-marco-legal-da-mediacao-no-brasil/#_ftnref2> Acesso em: 09 out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado, v. 2**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GROSSI, Herta. A Importância da Cláusula de Mediação nas Convenções Condominiais. **Revista Mediação & Justiça**, Porto Alegre, n. 1, v. 1, a. 18, p. 61-83, jan./jul. 2018.

MACHADO, Bruno Mangini de Paula. **O Condomínio Edifício e o Condomínio com o Reiterado Comportamento Antissocial**. 2013. Disponível em: < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02122013-083142/pt-br.php>> Acesso em: 16 set. 2020.

MORAN, Maria Regina Pagetti. **Exclusão do Condomínio Nocivo nos Condomínios em Edifícios**. São Paulo: LED, 1996.

NAVES, Lucas Ferreira. **Conciliação e Mediação na Solução de Conflitos**. 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/64366/conciliacao-e-mediacao-na-solucao-de-conflitos>> Acesso em: 09 out. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

PRADO, Maria Antonieta de Moraes. **A Mediação aplicada à Resolução de Conflitos Condominiais**. 2020. Disponível em < <http://www.omoradoronline.com.br/noticias/geral/13083-a-mediacao-aplicada-a-resolucao-de-conflitos-condominiais>> Acesso em: 10 out. 2020

RACHKORSKY, Márcio. **Condomínio, Definições, aspectos históricos e legislação**. Revista Condomínio e Soluções, Ano II, número VIII, dez/2014 – jan/2015.

SALES, Lilia Maia de Moraes; DAMASCENO, Mara Livia Moreira. Mediação, suas Técnicas e o Encontro dos Conflitos Reais: estudo de casos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, n. 16, v. 16, a. 14, p. 145-165, jul./dez. 2014.

SAVY, Renato. Mediação como Solução de Conflitos em Condomínios. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/47885/mediacao-como-solucao-de-conflitos-em-condominios>> Acesso em: 10 out. 2020.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRIBUNAL DO JÚRI E A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO AUTOMÁTICA

LUCIANA OLIVEIRA SANTOS:
Graduanda no curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO

(orientador)

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo discorrer sobre a alteração do artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, sobre a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado pelo Tribunal do Júri, demonstrando a sua inconstitucionalidade, pois há ofensa à princípios constitucionais, conforme será demonstrado; a incompatibilidade com o ordenamento jurídico, pois viola a legislação vigente, não condiz com o processo penal brasileiro; e por fim, será demonstrada a repercussão no mundo jurídico.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, Pacote Anticrime.

Abstract: The present scientific article aims to discuss the amendment of article 492, I, “e” of the Code of Criminal Procedure by Law 13.964 / 2019, on the execution of the condemnatory criminal sentence before the final judgment by the Jury Court, demonstrating the its unconstitutionality, as there is an offense against constitutional principles, as will be demonstrated; incompatibility with the legal system, as it violates current legislation, as it does not say with the Brazilian criminal process; and finally, the repercussion in the legal world will be demonstrated.

Keywords: Unconstitutionality, Anti-Crime Package.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fundamento as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019, em específico quanto a possibilidade de antecipação da execução da pena para condenados nos procedimentos do Tribunal do Júri a penas superiores a 15 anos. O dispositivo em questão está topograficamente elencado no art. 492, Inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal.

A alteração normativa trouxe a imposição de prisão a condenados a pena maior de 15 anos no âmbito do Júri, o que aparentemente contraria decisão recente do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela inconstitucionalidade de execução de pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, tomada em 2019.

Com Pacote anticrime criou-se uma espécie de execução provisória da pena privativa de liberdade, nos casos em que sendo o réu condenado a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão em plenário e mesmo tendo respondido o processo inteiro em liberdade o juiz na fixação da sentença deverá expedir o mandado de prisão ordenar o recolhimento do réu e dar início à execução provisória da pena privativa de liberdade.

Assim uma alteração de norma processual penal tem aplicação imediata de acordo com o que dispõe o artigo 2º do Código de Processo Penal, essa norma penal produzirá efeitos materiais, o que afetará diretamente o *status libertatis* do acusado, antes da plena formação de culpa, ambos direitos fundamentais consagrados na constituição federal de 1988.

Tal previsão, segundo a nossa hipótese, é inconstitucional porque ofende a presunção de inocência, princípio este que assegura a todo e qualquer acusado o direito de não ser responsabilizado criminalmente e, conseqüentemente, cumprir pena enquanto não transitar em julgada sentença condenatória. A regra impõe ao acusado o início do cumprimento da pena após condenação em primeira instância, não se permitindo sequer o duplo grau de jurisdição.

Através deste estudo, pretende-se perfazer uma análise acerca da inovação legislativa e verificar a sua consonância ou dissonância com as normas fundamentais e verificar, em nível de debate, a sua constitucionalidade aparente.

Lançamos mão do estudo bibliográfico para a elaboração do artigo, com o método da revisão de literatura, analisando autores do direito, tanto processual penal quanto de áreas correlatas, e estudando a legislação vigente, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente vamos abordar a história e a evolução do Tribunal do Júri e sua inserção na sistemática legal brasileira. Em seguida será analisada a inconstitucionalidade da alínea “e” do artigo 492 inciso I do CPP, no sentido execução provisória da pena privativa de liberdade fere o princípio constitucional da presunção de não culpa, permitindo que se execute uma pena em face de um culpado, antes de saber sê-lo.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Tribunal do Júri no Brasil surgiu a partir de uma iniciativa do Senado do Rio de Janeiro que encaminhou ao príncipe Regente Dom Pedro uma proposta de criação do que eles chamaram juízos de jurados. Teve como marco inicial o Decreto Imperial de Dom Pedro I em 1822, mas com a competência limitada aos crimes de imprensa, somente na Constituição de 1824 o Tribunal do Júri foi introduzido no capítulo destinado ao poder judiciário com a competência para julgar não só crimes crime como também causas cíveis quando na Constituição de 1946 o Tribunal do Júri foi inserido no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais com a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. (GOMES, Luiz Flávio 2005).

Em 1891, com a consolidação da primeira república, o Tribunal do Júri foi mantido, passando, porém a integrar o rol dos direitos e garantias individuais. No período da Era Vargas, mais precisamente em 1937, a instituição do Júri foi afastada da norma constitucional, só retornando em 1938, através do Decreto- Lei 167 (NUCCI, 2015, pag. 43).

Em 1967 a Constituição manteve o Tribunal do Júri como garantia individual e mantendo a sua competência para julgar crimes dolosos contra vida. Nucci (2015).

O artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição brasileira de 1988 traz a previsão do Tribunal do Júri, incluso como garantia fundamental que busca assegurar por um lado o direito do acusado ser julgado por seus pares e por outro o direito da sociedade decidir sobre os casos mais graves de crimes cometidos, escolhidos pelo constituinte como sendo os crimes contra a vida.

O Tribunal do Júri possui como princípios básicos, definidos constitucionalmente: a plenitude do direito de defesa; o sigilo nas votações; a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

O tribunal do júri ganhou assento constitucional em nossa Carta de 1988, incluído entre os direitos e garantias fundamentais, considerado, portanto, como cláusula pétreia, insuscetível de redução do rol de crimes abrangidos ou mesmo de exclusão da competência via reforma constitucional disposto no seu artigo 5º, XXXVIII, que assim diz:

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:

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe dera lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.

O Júri tem a sua principiologia própria definida constitucionalmente, tamanho a importância dada ao instituto pela Carta de 88, sendo que estes princípios se somam aos demais aplicados ao processo penal. Os princípios próprios do Júri são: a plenitude de defesa,

o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No Tribunal do Júri, é assegurado ao réu, a plenitude de defesa, verificada no inciso XXXVIII, alínea a, do artigo 5º da CF.

Para NUCCI (2015), o legislador constituinte quis conferir ao advogado ou defensor a plena oportunidade de defesa, não pode haver a mesma igualdade entre a ampla defesa e a plena defesa que os próprios nomes são diferentes se quis conferir ao tribunal de justiça é a defesa ao mais próximo possível da realidade ou da perfeição dentro das limitações. O acusado de um crime doloso contra a vida tem que ser defendido por um advogado habilitado e saiba persuadir que sabe os seus argumentos aos jurados.

O segundo princípio é ao sigilo das votações cada jurado julga individualmente sigilosamente, os jurados decidem pela própria consciência, não podendo, demonstrarem sua posição diante dos fatos, até o final do julgamento.

Dispõe ainda o artigo 476, do CPP:

Art. 476. Aos jurados, quando se recolherem à sala secreta, serão entregues os autos do processo, bem como, se o pedirem, os instrumentos do crime, devendo o juiz estar presente para evitar a influência de uns sobre os outros. Parágrafo único. Os jurados poderão também, a qualquer momento, e por intermédio do juiz, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada.

O terceiro princípio soberania dos veredictos, ou seja, os jurados decidem e o tribunal não pode alterar pelo mérito aquela decisão se os jurados absolvem o réu o tribunal não pode condenar ou se os jurados condenam o réu o tribunal não pode absolver.

No ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, (2015) “soberania quer dizer que o júri, quando for o caso, assim apontado por decisão judiciária de órgão togado, terá a última palavra sobre um crime doloso contra a vida”.

A soberania dos veredictos não impede que se recorra das decisões do plenário, em casos especiais, assim como não impede a revisão criminal, sendo possível tanto a alteração da sentença condenatória pelos tribunais quanto a marcação de novo julgamento e até, em casos excepcionais, a anulação e absolvição do réu pelo juízo revisor.

Nesse sentido, estabelece o artigo 593, inciso III, letra d, do Código de Processo Penal:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Existe ainda a competência mínima do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, quais sejam: o aborto, infanticídio, o induzimento e auxílio instigação ao suicídio são crimes que o Tribunal do Júri tem competência para julgar, dada pela Constituição, sendo, portanto, um direito fundamental que não admite redução, por ser cláusula pétra.

Ainda inserido no artigo 74 do CPP a reafirmação da competência constitucional do Júri:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

Assim, é considerado fundamental para o direito de liberdade do indivíduo e garante a proteção ao Estado Democrático de Direito.

3.A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O rito do Tribunal do Júri deve ser regido, na previsão procedimental do CPP, pautado nos princípios ditados constitucionalmente, sendo estas as linhas guias para o procedimento penal dos acusados nos crimes de competência popular. Dentre esses se encontra o da soberania dos veredictos, é uma das características essenciais do Tribunal do Júri, sendo que, em razão desse princípio, em grau de recurso o Tribunal não pode substituir os veredictos dos jurados, condenando ou absolvendo o réu, podendo apenas determinar que se faça um novo julgamento.

Por certo que a soberania dos vereditos diz respeito apenas a decisão meritória relativa aos quesitos formulados, e não a dosimetria da pena, pois esta é de competência do juiz presidente, sendo esta parte da decisão passível de ser reformada.

O princípio da presunção de Inocência, como é mais conhecido, mais propriamente chamado de princípio da não culpabilidade, por ser este o teor em nossa Constituição, encontra previsão normativa no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal e deve ser lido ao lado do princípio que prevê a soberania dos vereditos. A imposição constitucional da soberania dos vereditos não afasta os demais direitos, com dissemos acima, exigindo uma leitura sistemática dos dispositivos, não impedindo o direito as instâncias recursais, corolário do princípio do contraditório e da ampla-defesa, também de assento constitucional.

O que a implicação prática desse princípio visa nos indicar é a partir de qual momento o réu condenado passará a cumprir sua pena, o réu só poderia iniciar o cumprimento da sua pena após o trânsito em julgado da sentença após cumpridos todos recursos cabíveis a sentença condenatória.

3.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Brasil, seja ou não cidadão que esteja sendo julgado, garante-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é o que diz no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal do Brasil.

O princípio da presunção de Inocência é uma questão natural uma questão lógica, atualmente, devido a todos os problemas que envolvem a sociedade, a descrença com a justiça o réu vai ter que utilizar o poder judiciário para provar sua inocência e naturalmente só vai conseguir provar efetivamente a sua inocência quando o processo chegar ao seu fim, quando se tiver uma decisão por parte do Poder Judiciário da qual não caiba mais recurso, ou seja, uma decisão judicial com trânsito em julgado.

Segundo BATISTI, Leonir (2009), a presunção de inocência, para a maioria da doutrina, “nasceu com a Revolução Francesa”, quando referida expressamente no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o documento culminante do movimento que ampliou os ideais do Iluminismo.

Que diz:

“Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei”.

Como bem observa Mauricio Zanoide de Moraes, “os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus de consecução, são ‘mandamentos de otimização’ que tendem a uma realização na maior intensidade possível [...]. Uma norma-princípio é elaborada e deve ser interpretada para que seja aplicada no maior grau de realização possível, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas. O que não significa dizer que está garantido que sempre haverá sua total realização”.

A norma primordial dispõe, assim, uma determinação de ordem geral. Trata-se da presunção de inocência em si: toda pessoa é considerada inocente por natureza. É uma característica, então, que se aplica a todo e qualquer indivíduo.

Para Nucci (2020), o princípio da inocência garante que a atividade probatória de maior força deve ser do Estado acusador (ou do querelante), devendo provar os fatos penais que busca imputar ao acusado, bastando a defesa manter a dúvida sobre a inocência. O estado constitucional natural da pessoa no Brasil é a de inocência, devendo ser provada, acima de dúvida razoável, a culpa para que se possa aplicar uma pena. Por isso, somente se poderia prender, fora do cenário cautelar, quando a pena aplicada transitasse em julgado, qualquer subversão desta ordem implicaria em antecipação de culpa e violação constitucional.

3.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS DECLARAÇÕES, TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Após duas guerras mundiais, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU) também positivou a garantia da presunção de inocência. “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Para Batisti:

Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. “Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo”.

O Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também previu a garantia da presunção de inocência, no art. 8º, 2, 1ª parte:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas.

O Congresso Nacional brasileiro aprovou referido pacto pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992 e o Decreto n. 678, de 6 de maio de 1992, determinou sua vigência no Brasil.

A Constituição brasileira confere status de norma constitucional para os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, disposto no seu art. 5º, § 2º.

Para BENTO, Ricardo é inegável que a presunção de inocência passou a ter uma amplitude maior com a ratificação do Estado brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em vigência internacionalmente desde 18 de julho de 1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Também definido no artigo art. II – 108 da Constituição Europeia “Todo acusado se presume inocente, enquanto sua culpabilidade não for declarada legalmente”. Que foi consolidada em um Tratado, assinado em Roma no ano de 2004.

3.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CONFLITO COM A SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Conforme a presunção da inocência, se a todo réu se presume a inocência antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, cria-se um marco temporal para a prisão, impossibilitando a execução de pena antes deste momento. O princípio se aplica a toda pessoa, e decorre do devido processo legal, sendo regra imposta ao Estado que impõem a garantia do contraditório e ampla-defesa, dentre eles o acesso a todos os recursos cabíveis antes de ter a pena executada, ou seja, a regra da liberdade antes do trânsito em julgado.

Considerando o princípio da soberania dos veredictos é possível a revisão criminal para os crimes contra a vida julgados no plenário do júri, e os conexos a ele, pois constitui uma garantia fundamental individual que deve sobrepujar prevalecer por sobre a decisão do Júri. No sopesamento de princípios, a garantia individual de liberdade deve sobrepujar a garantia coletiva que representa a soberania dos vereditos.

Para Nucci (2020), a soberania não é um fim em si mesmo. Cuida-se de uma decisão política do constituinte, outorgando poder supremo ao Tribunal Popular para julgar crimes dolosos contra a vida. Logo, qualquer alegação de inocência ou erro judiciário precisa, sem dúvida, ser conhecida e revista.

Conclui-se, dessa maneira, que a determinação estabelecida não se trata de indiscutível e incontroversa.

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ANTECIPADA E OS PREJUÍZOS PROCESSUAIS

A Lei 13.964 de 2019 promoveu sanções ao chamado pacote anticrime, que vem sendo discutido desde o primeiro semestre de 2019. Dentre as alterações trazidas por esta lei, a Lei de Processo Penal introduziu o artigo 492, I, "e", que dispõe que na ação penal submetida a júri, se a sentença for igual ou superior a 15 (quinze) anos de prisão determinarão se o réu será preso imediatamente, sem prejuízo do recurso.

Esse dispositivo inserido na referida lei é inconstitucional, porque, além de uma prisão que não se enquadra em nenhuma das categorias possíveis (prisão ou prisão processual), o Supremo Tribunal Federal também se pronunciou sobre o caso nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nos artigos 43, 44 e 54, confirmou que é constitucional o disposto no artigo 283 da Lei de Processo Penal, o qual estipula que todas as possibilidades de recurso se esgotam no início da sentença.

Portanto, não há razão que as pessoas condenadas por crimes julgados pelo Tribunal do Júri, a partir de determinado quantum de pena, sejam tratadas de forma diferente das demais, mesmo dentro do mesmo procedimento. Essas pessoas devem ser julgadas por um júri e ter garantido todos os recursos inerentes, só podendo serem presas antes do trânsito em julgado nos casos cautelares previstos em lei.

4.1 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, "e", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

É ilegítima a prisão antecipada, que se operara após condenação no Tribunal do Júri, pressuposta na Lei Anticrime.

Embora o STF tenha entendimento consolidado sobre a execução antecipada da pena, entendendo por não ser possível, em face a previsão da não culpabilidade constitucional, o artigo 492 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019, vai contra este entendimento dado pelo STF, como interpretação a Constituição. Ainda que a lei seja posterior, e que decisões do STF não vinculem o processo parlamentar, o dispositivo é frontalmente contrário a interpretação da Corte, violando uma garantia fundamental do cidadão não pode ser alterado nem por emenda constitucional.

Para Lima (2020), é evidente que a antecipação no cumprimento da pena traz prejuízos incontornáveis ao indivíduo presumidamente inocente, que tem a sua liberdade suprimida, antes de ser considerado formalmente culpado.

É ilógico e inconstitucional assim "cuida-se de uma norma sem base lógica. O condenado a 14 anos e 11 meses poderia ficar em liberdade, mas o que foi apenado a 15 anos seria preso. O critério deve ser uniforme, sempre" (NUCCI, 2020, p. 88).

Este critério deve ser cumprido em decisão fundamentada e bem fundamentada, o que significa que somente quando a proteção jurídica for verdadeiramente lícita pode ser tratada com cautela no cumprimento da correta aplicação dos direitos e garantias do cidadão.

Sobre esse assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Jurados decidem de acordo com a sua consciência e não segundo a lei. Aliás, esse é o juramento que fazem (art. 472, CPP), em que há a promessa de seguir consciência e a justiça, mas não as normas escritas e muito menos os julgados do País. (NUCCI, 2008, p. 32).

Além disso, as disposições da Constituição sobre a soberania dos veredictos não se impõem como aptas a permitir a subversão de norma constitucional, autorizando a execução antecipada da pena.

A soberania dos jurados não é argumento efetivo para a execução antecipada, pois é um atributo e não pode ser utilizado como legalizador da prisão, mas apenas como garantia da independência dos jurados, Lima (2020).

Nessa mesma linha o art. 313, § 2º, expressamente prevê que "não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena".

Nucci (2016), para conceituar trânsito em julgado, cita José Carlos Barbosa Moreira, como sendo a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, sendo um marco processual, iniciando uma situação jurídica nova, pois indica que a parte dispositiva da sentença, foi alcançada pelo instituto da "coisa julgada", ou seja, não existindo possibilidade de recorrer.

Portando deverá o Supremo Tribunal federal garantir a qualquer acusado o direito recursal independente da pena a ele imposta.

4.2 PREJUÍZOS PROCESSUAIS DA PRISÃO ANTECIPADA

Ao permitir a prisão antes do trânsito em julgado no tribunal do júri, há um Inversão usa-se o argumento da soberania do julgamento para limitar outros direitos e garantias, como a possibilidade de recurso do réu, e Presunção de Inocência.

Quando o réu vai a júri popular ele é julgado pelos jurados que são os meios naturais por força constitucional artigo 5º XXXVIII, e vem a ser condenado caberá recurso de apelação da Defesa.

Os erros cometidos pelo Tribunal do Júri são recorrentes, então o 593 do Código de Processo Penal traz quais as hipóteses de revisão da decisão do Júri que embora Soberana também é passível de cometimento de erros, o artigo 593 inciso III, do Código de Processo Penal traz em seu bojo interposição de apelação vejamos:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Conforme o artigo 283 ainda do Condigo de Processo Penal “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Assim trânsito em julgado fica evidente no caput do dispositivo, nas palavras de Nucci (2020).

Não há mais previsão de prisão, aparentemente, por sentença condenatória recorrível. o processo penal é uma ação intermediária entre a pretensão punitiva do Estado e o direito de liberdade do indivíduo, interligadas pela prática de uma conduta, eventualmente, condenável. Por essa razão, estabelecem-se garantias a ambas as partes, mas, acima de tudo, prerrogativas à restrição da liberdade do indivíduo, para a qual devem ser preenchidos requisitos legais.

O dispositivo constitucional que assegura a presunção de Inocência também no artigo 5º, assim como a soberania dos veredictos e que essa presunção de Inocência ela só acaba quando tem o trânsito em julgado, ou seja, não cabe mais nenhum recurso, mas a partir da decisão do plenário do Júri Cabe recurso de apelação.

A execução prematura da pena, antes da maturidade da formação de culpa, em julgado afeta as condições prescritas pelo devido processo legal, que salvaguarda a proteção e a defesa do réu e sua liberdade, logo o devido processo legal tem por fundamento também a proteção do réu em seu direito de defesa.

Para Paulo Macarenhas o devido processo legal:

Trata-se de dupla proteção que é concedido ao indivíduo, nos âmbito material e formal. O primeiro diz respeito à proteção do direito de

liberdade, enquanto o segundo assegura ao cidadão o direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação válida, à produção de provas através de todos os meios admitidos lícitos, de ser julgado por autoridade competente, aos recursos, à coisa julgada e à revisão criminal. (MACARENHAS, 2010, p.76)

É dever constitucional o trânsito em julgado para que haja a execução da sentença penal condenatória, ressalvados os casos excepcionais. Tal necessidade encontra previsão no art. 5º, LVII, CF; nos arts. 105 e 147, da Lei de Execução Penal, e os arts. 283, do Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

A constituição brasileira estabelece que ninguém no Brasil poderá ser punido antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, antes disso é possível prender em caso de prisão preventiva em caso de prisão temporária ou a prisão em flagrante e o Brasil abusa dessas modalidades ditas provisórias de encarceramento, modalidades cautelares que nada tem de relação com a formação de culpa ou rompimento da inocência constitucionalmente prevista.

O Brasil tem umas das maiores populações de presos provisórios do mundo e é um dos países que mais prende antes de uma condenação, e prendendo todos os réus do país mesmo aqueles que ainda podem ser inocentados nós estaremos aprofundando ainda mais as mazelas da Justiça Criminal estaremos rompendo de vez com o sistema de freio e contrapeso que deve nortear toda a justiça Penal de um país, se a não cuidarmos dos princípios que sustentam a nossa democracia logo menos ela falha.

O Condenado pelo tribunal do Júri tem as mesmas garantias de um condenado por outro crime, ou seja, prisão somente com o trânsito em julgado da condenação, a soberania dos veredictos não significa imutabilidade dos veredictos, quando a lei diz que o Tribunal do Júri é soberano, ela não está impedindo a reforma da sua sentença e sim limitando as hipóteses que o tribunal pode modificar as decisões do Júri.

A execução provisória da pena nada mais é que um retrocesso social, uma afronta ao texto Constitucional e uma violação as garantias individuais até aqui conquistadas ao longo da história e reafirmada, muito recentemente, pelo intérprete máximo da Constituição, a Suprema Corte Brasileira, que pontuou fim a controvérsia anterior a lei, dizendo que a antecipação da execução afronta os princípios e garantias constitucionais da não culpa.

BIBLIOGRAFIA

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartir Latin, 2007.

BRASIL, **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

LIMA, Walmiki Barbosa. **Manual do Júri: teoria formulário jurisprudência**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. Volume III. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide De. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: Princípios Constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed.11. São Paulo; Saraiva 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. Ed.8. São Paulo; Forence, 2020.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2018

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GESTÃO TRIBUTÁRIA: FATOR POSITIVO NO DESENVOLVIMENTO E PERMANÊNCIA DAS MICROEMPRESAS NA CIDADE DE MANAUS.

ELIMEURY FIGUEIREDO DE SENA:
Acadêmica de Direito e Profissional de Contabilidade pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)

Resumo: O trabalho apresenta-se do ponto de vista da abordagem do problema, como qualitativa, dos procedimentos técnicos como pesquisa bibliográfica, adotando o método dedutivo, com o objetivo geral conhecer a utilização da Gestão Tributária nas micro e pequenas empresas do ramo de comércio na Cidade de Manaus. No desenvolvimento das atividades empresariais, em que o principal objetivo das entidades é alcançar o lucro, os empresários têm a necessidade de administrar inúmeras variáveis. São questões mercadológicas, logísticas, societárias, administrativas, entre outros fatores. Um dos principais impactadores dos seus resultados é a tributação. Na cidade de Manaus grande parte da fatia no mercado comercial é das micro e pequenas empresas, sendo elas responsáveis por grande movimentação no setor econômico, representam mais de 50% do número de empresas abertas a cada ano, diante dessas informações, estas empresas são geradoras de emprego e renda, com isso tem um amplo potencial de crescimento e desenvolvimento econômico e financeiro. Este trabalho pretende apresentar uma pesquisa sobre a gestão tributária fator importante para as micro e pequenas empresas comerciais na cidade de Manaus.

Palavra-chave: Gestão tributária. Microempresas. Manaus.

Sumario: 1. Introdução – 2. Metodologia – 3. Considerações finais – 4. Referências

1. Introdução

A Gestão Tributária é um conjunto de sistemas legais que visam diminuir o pagamento de tributos. O contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio da maneira que melhor lhe pareça, procurando a diminuição dos custos de seu empreendimento, inclusive dos impostos. Se a forma celebrada é jurídica e lícita, a fazenda pública deve respeitá-la, sendo assim, fator positivo no desenvolvimento e permanência das Microempresas na Cidade de Manaus.

Gestão tributária é a atividade empresarial responsável pela articulação e execução de planos e controles voltados à racionalização das obrigações e encargos tributários visando: Não recolher tributo algum;

- Diminuir o débito tributário a recolher;
- Recolher no maior prazo possível;
- Reduzir os custos das obrigações acessórias e
- Evitar sanções fiscais.

As informações necessárias à gestão tributária estão dispostas na legislação tributária, a qual compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos

e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Ao obter esse vasto conhecimento, o gestor possibilita o desenvolvimento e sobrevivência das Microempresas do ramo do Comércio na Cidade de Manaus.

A legislação tributária é demasiadamente ampla e complexa para ser conhecida em sua totalidade. Ao mesmo tempo é dinâmica, ou seja, recorrentemente sofre alterações. Por isso, o bom gestor tributário precisa estar sempre atento a tais mudanças, sabendo gerir as implicações sobre o negócio e sobrevivência das Microempresas.

A essência da gestão tributária está na lei, fato gerador, obrigação tributária, lançamento, crédito tributário (Suspensão, Extinção ou Exclusão). Cabe ao gestor conhecer cada etapa do caminho jurídico percorrido pelo tributo e identificar, utilizando a sua criatividade, situações objeto de gestão tributária, percebendo as possibilidades legais de se reduzir os custos fiscais. Para tal, é preciso compreender o conceito de cada figura jurídica.

Diversas razões podem ser invocadas para justificar a decisão de se fazer uma gestão tributária. O motivo para se elaborar uma gestão tributária não estão circunscritas à esfera jurídica. Pelo contrário, o principal deles é, sem dúvidas, de ordem econômica. Assim, antes de se iniciar o estudo jurídico da gestão tributária, precisamos relacioná-lo com a estrutura da tributação e arrecadação do Brasil. Ao se conhecer a composição e funcionamento do sistema tributário brasileiro, podemos entender alguns dos motivos pelos quais a gestão tributária tornou-se uma opção recorrente dos contribuintes, principalmente nos últimos anos.

O gestor tributário deve saber que, caso o tributo criado ou majorado não respeite os princípios tributários, a respectiva norma é tida como inconstitucional. Neste artigo, destacam-se a importância enquanto estratégia a ser utilizada na gestão tributária como fator positivo no desenvolvimento e permanência das Microempresas do ramo do Comércio na Cidade de Manaus. É perceptível que muitos empresários do ramo do comércio não se utilizam dessa ferramenta de gestão e, com isso, no curto período de tempo chegam a falência.

Assim sendo, este projeto proporcionará uma visão mais ampla e consistente da Gestão Tributária aos empresários de microempresas da área do comércio, bem como servirá de base aos acadêmicos que não deslumbraram desse conhecimento tão amplo e importante para a sociedade empresarial e social.

2. Metodologia

Conforme Crepaldi (2011, p.2), a contabilidade gerencial proporciona aos seus administradores informações que permitem avaliar o desempenho de atividades, de projetos e de produtos da empresa, bem como a situação econômica financeira através da apresentação de informações clara e objetivas de acordo com a necessidade de cada usuário.

O conceito de gestão tributária, na forma como está sendo proposto neste trabalho, refere-se a toda atividade que vise prevenir os agentes econômicos de possíveis custos, decorrentes:

I) da falta de planejamento tributário,

II) da inobservância e descumprimento de obrigações acessórias e

III) da ineficácia na administração do crédito tributário nas situações em que este possa vir a deixar de existir.

Dentro desse largo universo de pesquisa, dois pilares do ordenamento jurídico tributário não podem escapar ao conhecimento do gestor tributário:

I) a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e

II) o Código Tributário de 1966 (CTN). A Constituição, por ser a base do ordenamento jurídico brasileiro, compreendendo regras que os ordenamentos infraconstitucionais não podem desrespeitar. O Código, por dispor sobre o Sistema Tributário Nacional e instituir normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Todos os princípios são de indispensável observância do gestor tributário. Eles impõem regras para que o tributo seja exigido ou majorado. Pelo princípio da legalidade, por exemplo, salvo as exceções dispostas no Art. 153, § 1º da CF/88, o tributo só pode ser exigido ou majorado por meio de lei.

A gestão tributária aborda qualquer setor ou atividade de uma empresa de forma que a resultar em maior segurança ou, até mesmo, em ganho econômico financeiro. Na prática, quanto maior e mais dinâmica for à empresa, mais sofisticado será seu planejamento fiscal. Do ponto de vista empresarial, ou seja, analisando seus efeitos na estrutura gerencial e contábil-financeira, o planejamento tributário poderá ocorrer em conformidade com as orientações que define as seguintes abordagens.

Para Karayan *et al.* (2008) o planejamento tributário visa maximizar o seu capital e minimizar as suas perdas, o contribuinte busca as mais variadas técnicas disponíveis, muitas vezes utilizadas em conjunto, para alcançar tal finalidade. Importante lembrar que a legítima economia de tributos pressupõe a utilização de práticas lícitas.

“For Karayan et al. (2008) tax planning aims to maximize your capital and minimize their losses, the taxpayer seeking the most varied techniques available, often used together to achieve this purpose. Important to remember that legitimate economy taxes requires the use of licit practices.”

Nesta mesma linha, Cusgüen (1998) argumenta que o planejamento tributário é uma ferramenta que permite às organizações reduzir a quantidade incorrer em impostos, sem interferir no desenvolvimento diário de suas atividades e sem cometer qualquer crime.

Também procura mudar os métodos de administração artesão, métodos mais sofisticados que ampliam a paisagem financeira.

“Cusgüen (1998) plantea que laplanificación tributaria es un instrumento que le permite a lasorganizacionesdisminuirel monto a incurrir por concepto de impuestossin interferir en eldesenvolvimiento cotidiano de sus actividades y sin cometer ningún tipo de infracción. Igualmente busca cambiar métodos de administraciónartesanales, por métodos más sofisticados que amplíenel panorama financiero.”

Cusgüen ressalta a importância de planejar tributos e utilizar o Planejamento Tributário como ferramenta para diminuição de tributos de forma lícita.

Desde logo, destaca-se que a gestão tributária, embora contemple a atividade de planejamento tributário, não se confunde com esta. O planejamento tributário é uma parte da gestão tributária.

Dessa forma, entende-se que a gestão tributária está interligada com o planejamento tributário, que é o estudo das alternativas lícitas de formalização jurídica de determinada operação, antes da ocorrência do fato gerador, para que o contribuinte possa escolher a opção que apresente o menor ônus tributário possível.

Segundo Filho e Franco Jr. (2014) a gestão tributária é uma ferramenta tão ou mais importante que qualquer outro tipo de gestão estratégica, pois, diferentemente da gestão de produto, de processos, de qualidade, de recursos, de tecnologia, entre outras formas estratégicas de gestão que não se aplicam conjuntamente à maioria dos negócios, a gestão tributária pode e deve ser utilizada por todos os agentes, independentemente do ramo ou do tamanho no negócio.

A gestão tributária é atividade preventiva em todas as etapas da regra matriz de incidência tributária, ou seja, envolve a observância de todas as questões relacionadas à hipótese de incidência (lei), ao fator gerador, à obrigação tributária, ao lançamento e ao crédito tributário.

3. Considerações finais

O cenário vivenciado pelas micro e pequenas empresas no Brasil é complexo em decorrência de diversos fatores que limitam a sustentabilidade desses pequenos negócios, os quais vão desde a concorrência desleal com as grandes corporações até as incidências de tributação para manter essas empresas legalmente em funcionamento.

O objetivo geral desta pesquisa foi o de conhecer a utilização da Gestão Tributária nas micro e pequenas empresas do ramo do Comércio na Cidade de Manaus. A adoção de uma metodologia de trabalho, de forma regular e planejada, pelo menos dará condições à empresa de buscar nas pessoas envolvidas o melhor de seus conhecimentos e percepções, para enfrentarem o “dilúvio tributário” a que estão sujeitas diariamente.

O segundo objetivo específico buscou responder de que forma é aplicada a gestão tributária nas micro e pequenas empresas, com a evolução da tributação diferenciada para essas empresas, o que deve ser observado para realizar planejamento tributário responsável são os procedimentos contábeis e operacionais da empresa, se utilizando de ferramenta da gestão tributária como o uso da Contabilidade Tributária nos atos administrativos, e optar por alternativas operacionais, que respaldadas em leis possam desonerar seus encargos.

Dessa forma, a pesquisa efetuada possibilitou conhecer como a gestão tributária é fator importante para as micro e pequenas empresas no comércio de Manaus e avaliar os efeitos gerados nas empresas que adotarem o planejamento de tributos. Observou-se que o resultado varia conforme as técnicas e os procedimentos contábeis adotados pelos gestores, e como os mesmos utilizam a Contabilidade Tributária na execução de sua gestão.

4. Referências

BENBASAT, I., GOLDSTEIN, D.K. e MEAD, M. **The case research strategy in studies of information systems.** MISQ, v. 11, n° 3, 1987.

BRASIL. Código Tributário Nacional. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

CUSGÜEN, E. (1998) **Manual de Derecho Tributario.** Elementos sustanciales y procedimentales. Grupo Editorial Leyer Ltda. Bogotá.

CREPALDE, Silvio aparecido. **Contabilidade gerencial: teoria e prática.** Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FABRETTI e FABRETTI. **Direito tributário para os cursos de administração e ciências contábeis.** São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, Edison Carmagnani e FRANCO JR., Mario Cardoso. **Gestão tributária: para acionistas e conselho de administração de empresas familiares - 2ª Edição Revista e Ampliada.** São Paulo: 2014.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KARAYAN, Joh E.; SWENSON, Charles W.; NEFF, Joseph W. **Strategic Corporate Tax Planning.** Hoboken: John Wiley & Sons, 2002.

KOCHE, José Carlos. **Fundamento de Metodologia Científica.** Rio de Janeiro. Vozes, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo P. **Contabilidade tributária.** São Paulo: Saraiva, 2005.

YIN, Robert K. **Estudo de Caso: Planejamento e Métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2001. 205.

TRIVINOS, A. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo, Atlas, 1995.

RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM PARA FINS DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA

JORGE GLEIS BATISTA OLIVEIRA:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O artigo em tela discorre resumidamente sobre o instituto da união estável e seus avanços no que tange o direito ao companheiro supérstite. Assim, vislumbra-se o contexto histórico da união estável; os ditames elencados pela autarquia para concessão de pensão por morte ao companheiro supérstite; as nuances dos entendimentos dos tribunais acerca das decisões proferidas reconhecendo a união estável post mortem; o reconhecimento da união estável post mortem em cartório de ofício com a presença de duas testemunhas; as mudanças que ocorreram com o advento da Lei 13.135/2015 estabelecendo critério de idade para durabilidade da pensão por morte; a necessidade de comprovação do vínculo econômico como um dos requisitos para concessão da pensão por morte junto a autarquia; reconhecimento do laço afetivo na ótica dos Tribunais Federais. A metodologia baseia-se na análise doutrinária, jurisprudências, sites de pesquisa acadêmica, artigos, livros.

PALAVRAS-CHAVE: União estável. Pensão por morte. Entendimento dos tribunais. Afetividade. Cartório de ofício.

ABSTRACT: The article in question briefly discusses the institute of the stable union and its advances regarding the right to the superstitious partner. Thus, the historical context of the stable union is glimpsed; the dictates listed by the municipality for granting a death pension to the superstitious partner; the nuances of the courts' understandings of the decisions rendered recognizing the post-mortem stable union; the recognition of the stable post-mortem union in a notary's office; the changes that occurred with the advent of Law 13,135/2015 establishing age criteria for the durability of the death pension; the need to prove economic ties as one of the requirements for granting the death pension; the new pension reform and the apportionment criterion in the case of the death pension and; the recognition of affectivity as the primary proof of stable union. The methodology is based on doctrinal analysis within the scope of judicial decisions concerning the defense of the institute of stable union and the protection of the right to a surrogate partner.

KEYWORDS: Stable union. Death pension. Understanding of the courts. Affectivity. Craft notary.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS DEFICIÊNCIAS E SEUS AVANÇOS. 3. SUPORTE JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL PARA A UNIÃO ESTÁVEL 4. A UNIÃO ESTÁVEL E OS REFLEXOS NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO E A CONCESSÃO DA PENSÃO POST MORTEM. 5. O CRITÉRIO DE IDADE CRIADO PELA LEI 13.135/2015 PARA RECEBIMENTO DE PENSÃO PÓS MORTEM E A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ECONÔMICO JUNTO A AUTARQUIA. 6. REQUISITOS PARA REQUERER A UNIÃO ESTÁVEL PÓS MORTE JUNTO AO CARTÓRIO DE OFÍCIO DE NOTA. 7. DECISÕES DOS TRIBUNAIS NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. 8. DA RENDA MENSAL

INICIAL (RMI) NO ATO CONCESSÓRIO DA PENSÃO POR MORTE. 9. CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Este projeto de pesquisa tem por finalidade compreender a dinâmica da concessão do benefício de pensão por morte, em especial ao companheiro supérstite originário de união estável.

Além disso, no decorrer da pesquisa, mister se faz tatear a evolução do reconhecimento do instituto da união estável e as inovações legislativas trazidas com o advento da Constituição Federal de 1988.

A união estável pós morte tem como finalidade garantir ao companheiro sobrevivente direitos no âmbito patrimonial e previdenciário, trazendo esperança a milhões de pessoas que escolheram o instituto da união estável como forma de formação de família, e que hoje vislumbram do mesmo direito e igualdade do casamento tradicional.

A Carta Magna de 1988 vislumbra a ideia de família formada a partir da união estável. Por outro lado, o Código Civil apresenta elementos essenciais para o reconhecimento da união estável, assegurando aos companheiros o direito sucessório e previdenciário. Na atual conjuntura, em relação a direitos patrimoniais, sucessórios e previdenciário, o instituto da união estável tem alcançado o mesmo tratamento do instituto do casamento.

Nessas linhas, é possível também verificar que há a necessidade de desburocratização do procedimento de reconhecimento e concessão, tendo em vista o momento doloroso em que se passam os familiares que dependiam economicamente do seu instituidor, requerendo-se, portanto, celeridade por parte do ente estatal.

Grande parte das pessoas que vivem em união estável no Brasil, não procuram sua formalização junto ao cartório. No decorrer do tempo, adquirem bens móveis, imóveis e filhos. E a partir do momento do falecimento de uma das partes, a outra fica desassistida economicamente. O companheiro sobrevivente, quando requer concessão da pensão por morte junto a autarquia, necessita apresentar inúmeros documentos exigidos para ter o reconhecimento de sua pretensão. E, muitas vezes, o companheiro supérstite não possui os documentos solicitados pela autarquia concessora. Com isso, procura guarita judicial para ter sua pretensão reconhecida pelos tribunais federais.

As decisões dos tribunais federais têm dado alívio a milhares de pessoas que vivem em união estável, as quais não tinham esperança de ter o pedido de concessão reconhecido de forma administrativa. Muitas vezes em virtude das inúmeras documentações requeridas ao companheiro supérstite para o deferimento da pensão por morte.

2. UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS DEFICIÊNCIAS E SEUS AVANÇOS

A entidade familiar brasileira sofreu inúmeras alterações ao longo da história, em especial, com o advento da Constituição da República de 1988, na qual se passou a reconhecer o Instituto da união estável no âmbito Federal, senão vejamos o que diz o texto in litteris:

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.

Logo, a união de pessoas de sexo diferentes, primariamente chamada de união estável, é conhecida desde o Direito Romano, contudo, sempre teve um protagonismo inferior ao casamento.

Partindo dessa premissa, vislumbra-se que nem sempre a união estável foi caracterizada pelos requisitos que atualmente se aplicam às relações entre companheiros, isto porque os conceitos de família sofreram e sofrem grandes avanços, sendo que, o Direito, apesar de dinâmico, muitas vezes não consegue acompanhar os fatos da vida cotidiana.

É imperioso discorrer sobre os institutos relacionados com o tema, como o concubinato. O instituto do concubinato deriva do latim concubure, que significa “dividir o leito” “dormir com”, ou conforme jargão popular de modo que concubinos significa a comunhão de leito, tida e mantida por um homem (sua amante, amásia, amigada).

Segundo DINIZ (2015 p.436), o concubinato se divide em concubinato puro, que é aquele que expressa à união duradoura entre homem e mulher, sendo estes desimpedidos; e o concubinato impuro, sendo nesta classificação que um ou outro, ou ambos os concubinos são comprometidos ou sofrem algum impedimento para o casamento, senão vejamos o que diz a autora sobre o combubinato impuro:

O chamado combubinato impuro se divide em adúlterino e incestuoso. O adúlterino é a situação em que o homem ou a mulher casada, não separado de fato, mantém outra família, e o incestuoso ocorre se há parentesco próximo entre o casal. Por muito tempo esse ato de relação figurou-se no imaginário social como ato de adultério, pelo fato de nessa relação, necessariamente, haver algum tipo de impedimento matrimonial. (DINIZ, p.437.2015).

Essa forma de visualizar a união de um homem e uma mulher sem laços matrimoniais formais e legais, como o casamento, fez surgir no decorrer da história uma vinculação pejorativa, ou seja, a palavra concubinato passou a significar mancebia, amigação, amasio e até fornicção.

No que concerne ao concubinato puro, em que pese ser concubinato, carregava um peso menor de julgamento, já que neste a relação se caracteriza em razão da união entre um homem e uma mulher que deliberadamente optava por unir-se sem as legalidades e as formalidades do consagrado casamento, há tempos o concubinato figurou como um termo

pejorativo, porém era notório ser um fato social, de modo que os tribunais com inúmeros conflitos atinentes a direitos perseguidos contribuíram para a mudança significativa deste instituto.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma ampliação da ideia de família e o termo concubinato puro, sendo aquele que advém da **união informal** de pessoas desimpedida, o qual passou a se chamar união estável. Então, o termo união estável passou a ser utilizado para as relações que, embora refletissem a união de um homem e de uma mulher, não fosse celebrada e referendada pelos tramites do casamento civil ou religioso previstos na legislação brasileira, como o Código Civil e a Lei n.º 6.015/73 (Lei de Registros Públicos).

Para STOLZE (2018.p.1308) hoje com a consagração da expressão companheirismo e união estável pelo ordenamento jurídico, a noção de concubinato não é mais usada pela maioria das pessoas, pois a união estável entre um homem e uma mulher com objetivo de constituição de família ganhou espaço na sociedade brasileira.

Nos textos legais é comum usar terminologias para especificar as pessoas que vivem sob o instituto da união estável: o termo companheiro, na forma da Lei n.º 8.971/94, e convivente, consoante a Lei n.º 9.278/96.

O Código Civil Brasileiro, ao que parece, sugere preferir a palavra companheiro, mas usa também o termo convivente. Do latim cum cubo significa encontrar-se dentro de um cubículo, enquanto cum pane, significa comer do mesmo pão, não sendo, além das diferenças de origem da palavra, significativa a diferença dos termos.

Nesse diapasão, as mudanças conceituais e denominativas citadas acima foram desenvolvidas ao longo da evolução do instituto da união estável. Hoje a união estável assume um papel importante e relevante na sociedade. As gerações atuais têm preferido essa forma em detrimento do casamento. TARTUCE (2015, p.293).

Vejamos alguns julgados referentes ao reconhecimento da união estável:

Constitui união estável a convivência sob o mesmo teto, com publicidade, notoriedade, comunhão de vida e de interesses, tal como se casados fossem. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis, que restou comprovado nos autos. Recurso desprovido." (TJRS, Apelação 70075687350, Relator(a): Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em: 28/02/2018, Publicado em: 05/03/2018).

Sendo assim, verifica-se que o instituto da união estável sofreu mutação ao longo do tempo, de modo que, as decisões demonstraram, antes do aporte legislativo, que era possível reconhecer relações informais, como entidade familiar, já que a família, passa de grupo econômico para um grupo afetivo.

3. SUPORTE JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL PARA A UNIÃO ESTÁVEL

A Carta Magna em seu art. 226 exemplifica o modelo de família dando ênfase juntamente com Código Civil em seus artigos 1723; 1724,1725,1726, 1727 de 2002 reconhecem o instituto da união estável como entidade familiar.

Para STOLZE (2018, p.1150) é impossível chegar a um conceito único e absoluto de família, uma vez que a expressão família é um gênero que comporta diversas modalidades, devendo todas ser objeto da proteção do Direito.

NOVAES (2019, p. 31) tem sustentado um conceito mínimo e mais abrangente em relação a união estável.

A união estável resulta da vida em comum de duas pessoas de sexo oposto, uma convivência *more uxore*, alguma *affectio societatis*, mutuamente se assistindo com filhos em comum ou não, e adotando e até mesmo sem herdeiros, durante algum tempo, observando uma constância da relação e alguma publicidade. (2019. p.31).

Por volta de 1994 foi promulgada a Lei n. 8.971, cujo artigo primeiro mencionava:

Artigo 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente divorciado ou viúvo, que com ela convive há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único: Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Seguindo com o raciocínio da evolução da união estável, a Lei n. 8.213, de 24/07/91, no art. 16, que estipula o Plano de Benefícios da Previdência Social, estabeleceu que:

I- São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado;

II- O cônjuge, a companheira, o companheiro, e o filho não emancipado de qualquer condição menor de (vinte e um anos) ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Desta forma, o que se verifica é que ao longo da evolução das relações familiares, a legislação, como base dos fenômenos sociais, foi se adequando e fornecendo instrumentos para amparar não só a prole, mas a própria mulher que não havia se casado, mas possuía uma relação informal, com fidelidade e coabitação.

BARROSO (apud STOLZE, 2018, p.1310) afirma:

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolver a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários direitos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos dos mesmos sexos. A exclusão dos homens sexuais do regime de união estável significa declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos - valia”: menos importante, menos correto, menos digno.

(...)

É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins a justificaram.

As discussões ao longo do tempo em reconhecer a união estável não somente decorrida de união heterossexuais, mas também da união homoafetiva, tem tido êxito em buscar o equilíbrio estatal.

A partir do art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, a evolução do conceito e do instituto da união estável sofreu um enorme avanço. Houve um salto de raciocínio, paradigma e padrões, in verbis:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Já no Código Civil de 2002, em seu art. 1.723, que estabelece:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Com o passar do tempo, o instituto ganhou cada vez mais aparatos legais. Inclusive, observa-se que houve grandes avanços em relação à compreensão da união estável, ao comparar os dois Códigos Civis de 1916 e o de 2002, como já demonstrado. Avanços qualitativos, que vão se definindo e formando uma ideia diferente da união estável, ganham importância e se expressam como um fator real na nossa sociedade, que é tão preconceituosa a esse tipo real de convivência entre companheiros.

4. A UNIÃO ESTÁVEL E OS REFLEXOS NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO E A CONCESSÃO DA PENSÃO POST MORTEM

A pensão por morte é instituída como uma transferência de direitos ao cônjuge e/ou companheiro supérstite e aos dependentes do segurado.

Trazendo à baila o texto da Constituição Federal, observa-se em seu art. 201 inciso V que, a pensão por morte será devida aos dependentes dos segurados, senão vejamos in verbis:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei,

(...)

V - Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Pode-se dizer que o Direito a Previdência Social constitui um direito fundamental. Para fazer jus aos benefícios previdenciários é necessário que o segurado contribua financeiramente com o sistema, sendo esta filiação obrigatória a partir do momento em que se exerce uma atividade remunerada e lícita, abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social.

Para aqueles que não exercem atividade remunerada, a Constituição permite a filiação na qualidade de facultativo ou contribuinte autônomo. Quanto ao equilíbrio financeiro, este é a garantia de equivalência das receitas auferidas e, por fim, o equilíbrio atuarial é um planejamento de gestão financeiro e estudo técnico de dados estatísticos.

O Direito a pensão por morte segundo MENEZES (2020, p.419) assiste aos cônjuges, companheiros e companheiras de união estável. A pensão por morte a esses dependentes passou a ser temporária ou vitalícia.

Cabe ressaltar que o benefício da pensão por morte não exige carência. Essa regra é aplicada a todos os dependentes, incluindo os cônjuges e companheiros.

O art. 74 da Lei 8.213/91 disciplina as finalidades e os princípios básicos da Previdência Social na qual define quem são as pessoas que receberão a pensão por morte e em quais condições. De acordo com o disposto no artigo da Lei 8.213/91, a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar a data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; III - da decisão judicial no caso de morte presumida.

Para efeito de lei não há carência. A mesma lei pontua quem são os beneficiários do segurado, a saber:

Art. 74/91 da Lei 8.213/91

O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição; menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapacidade assim declarado judicialmente, os pais, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

No que tange ao valor mensal da pensão por morte, será de 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 da referida Lei, independente da morte ter ocorrido por acidente de trabalho.

Logo, a pensão por morte surgiu para dar proteção social, sendo uma garantia constitucional e, para tanto, é questão de subsistência, após o falecimento do instituidor que era o responsável por prover o sustento de sua família, já que houve uma perda dos rendimentos com o evento morte, deixando os membros da família em uma situação de desconforto, desamparo e necessidade, portanto ocorre a cobertura da proteção social que será o benefício pensão por morte que está assentado nos arts. 74 a 79 da Lei n. 8.213/91.

Nessa tessitura, pode-se elencar 3 (três) classes de dependentes: a primeira classe configura cônjuge, companheiro e filhos não emancipados de qualquer condição menor de 21 anos inválidos ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou com deficiência grave. Já a segunda classe é composta pelos pais, e a terceira classe por irmão emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválidos ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou com deficiência grave.

Cumprir destacar que uma classe exclui a outra, ou seja, se houver dependentes na primeira classe, as demais não serão alcançadas. Há a presunção de dependência financeira na primeira classe, nas demais se faz necessária a comprovação para fazer jus ao benefício.

Para efeito de comprovação junto ao INSS, os dependentes inválidos (filho ou irmão) terão que comprovar mediante exames médico-periciais a cargo da própria autarquia, sendo, portanto, essa pensão somente devida ao irmão ou filho onde a invalidez tenha ocorrido antes de se emancipar ou de completar 21 anos, e a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado.

Entretanto, nos casos em que recebe pensão por morte na condição de menor e que, antes de completar 21 anos, tornou-se inválido, terá direito independentemente de a invalidez

ter ocorrido antes ou após o óbito do segurado. No entanto, existem situações em que o dependente perde a pensão por morte: quando condenado após o trânsito em julgado pela prática do crime de homicídio contra o segurado e; quando o cônjuge ou companheiro tenta fraudar o casamento ou união estável para fim de adquirir o benefício.

A Lei trouxe esta proteção contra os crimes citados acima. Também há uma situação que já é sumulada com relação a ex-mulher do falecido: se ela renunciar a pensão alimentícia terá direito a pensão, se houver outros dependentes será rateado o benefício.

Sob a escorreita lição de CASSETTARI (2015, p.524), tanto a união heterossexual como a união homoafetiva têm direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”. São, também, considerados dependentes preferenciais o parceiro homoafetiva e o ex-cônjuge que perceba alimentos.

Vejamos o julgado abaixo:

O direito Previdenciário admite a pensão ao companheiro tanto no caso de união estável quanto no de união homoafetiva (vide TJSP,CComp 170.046.0/6,Ac.3571525-SP, Câmara Especial, rel. Des. Maria Olivia Alves, j. em 16-3-2009, DJESP de 30-6-2009. (CASSETTARI, 2015.p.524)

5. O CRITÉRIO DE IDADE CRIADO PELA LEI 13.135/2015 PARA RECEBIMENTO DE PENSÃO PÓS MORTEM E A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ECONÔMICO JUNTO A AUTARQUIA

Devido às inúmeras fraudes nas concessões de pensões junto a autarquia previdenciária, o Poder Executivo em 2014, e com o intuito de diminuir as despesas públicas, editou uma medida provisória de número 664/2014 a qual foi cancelado pelo Congresso Nacional, convertendo-a na Lei n. 13.135/2015. Esta última trouxe lapso temporal para a concessão do benefício de pensão por morte, conforme discriminado na Tabela 1 a seguir:

IDADE DO BENEFICIÁRIO	DURAÇÃO DA PENSÃO PREVIDENCIÁRIA
21 ANOS	3 ANOS
21 A 26 ANOS	6 ANOS
27 A 29 ANOS	10 ANOS
30 A 40 ANOS	15 ANOS
41 A 43 ANOS	20 ANOS
MAIS DE 44 ANOS	VITALÍCIA

Tabela 1: Duração da pensão previdenciária por idade

Para Pontes (2020.p.96), o critério de idade para o recebimento da pensão por morte pelo companheiro supérstite foi uma das alterações ocorrida na Lei 8.213/91 em seu inciso V ao § 2º. Essa mudança foi primordial porque antes não havia critério de idade para recebimento da pensão por morte, causando com isso, prejuízo imenso aos cofres públicos federais.

Sendo assim, dentre as inovações trazidas pela Lei retromencionada, houve ainda uma espécie de adequação quanto ao tempo da durabilidade da pensão, vislumbrando, especialmente, o equilíbrio das contas públicas, já que antes, a pensão era vitalícia desde logo.

À época, uma medida provisória tentou alterar a forma de cálculo da pensão por morte, mas a proposta não foi aceita pelo Congresso Nacional. Deste modo, o valor da pensão por morte se instituiu como igual ao valor da aposentadoria que o segurado teria direito, ou seja, 100% da renda do salário de benefício.

Além disso, para se comprovar a união estável junto a autarquia é necessário a apresentação de no mínimo três documentos que comprovem a dependência econômica do companheiro.

As documentações necessárias para que a autarquia reconheça a pensão por morte estão contidas no site abaixo:

Site: <https://www.inss.gov.br/orientações/dependentes>:

- Certidão de nascimento de filho havido em comum;
- Certidão de casamento Religioso;
- Declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
- Disposições testamentárias;
- Declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);
- Prova de mesmo domicílio;
- Prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
- Procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
- Conta bancária conjunta;
- Registro em associação de qualquer natureza onde conste o interessado como dependente do segurado;
- Anotação constante de ficha ou Livro de Registro de empregados;
- Apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
- Ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;
- Escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

- Declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos;
- Quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Na impossibilidade de serem apresentados 3 (três) dos documentos listados, mas desde que haja pelo menos 1 (um) documento consistente, o requerente do benefício poderá solicitar o procedimento de justificação administrativa para fins de comprovação.

6 REQUISITOS PARA REQUERER A UNIÃO ESTÁVEL PÓS MORTE JUNTO AO CARTÓRIO DE OFÍCIO DE NOTA

Em pesquisa realizada junto ao site de Cartório do 1º. Ofício de Notas, verificou-se que é possível o companheiro supérstite requerer através de lavratura pública o reconhecimento da união estável post mortem, para isso, faz-se necessário que o companheiro supérstite apresente os documentos abaixo:

- Certidão de Óbito.
- 02 testemunhas com RG E CPF;
- RG E CPF do falecido;
- RG E CPF do companheiro (a);
- Comprovante de residência.

Após as documentações apresentadas ao cartório, juntamente com a presença das testemunhas, o cartório emitirá uma declaração de união estável post mortem, o qual deverá ser entre à autarquia pelo companheiro supérstite. Entretanto, em muitos dos casos a autarquia competente não tem reconhecido este documento como umas das provas para requerer a pensão por morte, requisitando-se também a comprovação econômica do companheiro sobrevivente com o instituidor.

Cabe salientar, que os cartórios de ofícios são autorizados a realizarem divórcios consensuais, formalização de união estável, e reconhecimento de união estável pós mortem. Vejamos o que diz o art. 733 do NCPC/2015.

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Segundo a Resolução nº 35 de 2007 do Conselho Nacional de Justiça,

Art. 18. O (A) companheiro (a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável.

Art. 19. A meação de companheiro (a) pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo.

Desta forma, na escritura, primeiramente será reconhecida a união estável post mortem, após, será feita a meação (ou renúncia) e, por fim, a partilha aos demais herdeiros dos bens que restaram.

7. DECISÕES DOS TRIBUNAIS NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM

O poder judiciário tem sido primordial para solucionar conflitos no que tange o reconhecimento da união estável post mortem, não apenas no requisito econômico, mas, também no requisito afetivo, pois, os julgados dos tribunais não apenas têm analisado o fator econômico, mas também as inúmeras documentações arroladas nos autos dos processos, os quais tem sustentado a tese da afetividade entre os companheiros (a).

Assim, verifica-se que há uma certa preocupação na concessão dos benefícios e, não havendo documentos que possam ser comprovados de plano, caberá ao Poder Judiciário a apreciação, senão vejamos alguns julgados:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. (...) 2. Do período da união estável. Consta dos autos que a apelada juntou comprovantes de pagamento de taxa condominial do referido imóvel localizado em Taguatinga-DF, referente aos meses de fevereiro, março e junho de 2007 em seu nome, além de uma nota fiscal de um Roupeiro em seu nome no mesmo endereço. 2.1. Tais fatos são corroborados por declarações de quatro vizinhos no sentido de que o casal convivia em união estável naquele imóvel desde abril de 2007. Dentre eles estão J.M.C. e M.J.C.F. que confirmaram a informação em juízo. Esta última, a atual síndica do edifício, afirmou que eles foram morar na unidade logo após a compra do referido imóvel, bem como que foi procurada pelo casal dizendo que havia adquirida uma unidade naquele edifício. 2.2. Desta forma, não resta dúvida de que a união estável entre a apelada e o de cujus se iniciou em 2007, perdurando até 28 de março de 2014.3. (...). Recurso parcialmente provido. (TJDFT, Acórdão n.1097301, 20160710134112APC, Relator(a): JOÃO EGMONT, 2ª TURMA CÍVEL, Julgado em: 16/05/2018, Publicado em: 21/05/2018).

Ainda sobre o tema:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE DE HABILITAÇÃO DE DEPENDENTES. PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA ESTEMUNHAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Hipótese onde o valor controvertido não pode ser estimado em extensão inferior a sessenta salários mínimos (CPC/73, art. 475, par. 2º, vigente à época da sentença) Remessa oficial conhecida de ofício. 2. A parte autora ingressou com ação para discutir a existência e união e dependência econômica, requisitos necessários à obtenção de pensão por morte, pretensão esta judicialmente resistida por parte do INSS, em seu mérito. Não se trata, no caso, de ação declaratória onde meramente se postule o reconhecimento de união estável para fins previdenciários, mas de lide estabelecida em relação ao INSS, parte na lide, e para a qual a justiça federal é competente. Preliminar de ilegitimidade do INSS rejeitada. 3. A pretensão da autora se limita ao reconhecimento da existência de união estável com o falecido, pelo que não há o que se falar em litisconsórcio necessário dos filhos do ex-segurado. Ademais, consoante disposto no art. 76 da Lei. 8.213/91, a habilitação de outro possível dependente pode ser requerida a qualquer tempo. Preliminar de litisconsórcio passivo rejeitada. 4. No caso concreto, em que pese a comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescindir de início de prova material (súmula 63 da TNU), a parte autora colacionou aos autos documentos que servem como início de prova material, a exemplo, das faturas de contas de energia elétrica em nome da autora e do falecido, que apontam o mesmo endereço (fls. 07 e 08), certidões de nascimentos dos filhos havidos em comum (fls. 11 e 12) e declaração de compra e venda do imóvel em que residem (fls. 13). Por sua vez, as testemunhas arroladas foram uníssonas ao afirmar a convivência marital do casal e a dependência da requerente para com o de cujus. A manutenção da sentença é medida que se impõe, portanto. 5. Apelação do INSS e remessa necessária, tida por interposta, a que se nega provimento. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. (TRF 1ª REGIÃO AC, APELAÇÃO CIVIL 0000405-60.2016.4.01.9199, 1ª câmara REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DA BAHIA, PUBLICADO 10/08/2017, JULGAMENTO EM 20/07/2017. RELATOR. Juiz Federal SAULO JOSÉ CASALI BAHIA).

Abaixo segue outras decisões sobre o reconhecimento da união estável post mortem:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRO. COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.

DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. COABITAÇÃO. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERIMENTO. 1. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte. 2. Comprovada a união estável, presume-se a dependência econômica (artigo 16, § 4º, da Lei 8.213/91), impondo-se à Previdência Social demonstrar que esta não existia. 3. A divergência nos endereços, não comprovada no caso concreto, não é suficiente para afastar a existência da união estável, uma vez que a coabitação sequer é requisito essencial para o seu reconhecimento. Precedente. 4. Deliberação sobre índices de correção monetária e taxas de juros diferida para a 11.960/2009, de modo a racionalizar o andamento do processo, permitindo-se a expedição de precatório pelo valor incontroverso, enquanto pendente, no Supremo Tribunal Federal, decisão sobre o tema com caráter geral e vinculante. Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região. (TRF4, APELREEX 0012230-76.2015.404.9999, SEXTA TURMA, Relatora MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO, D.E. 23/01/2017).

Por último, mais uma decisão do TRFCE de reconhecimento de união estável pós morte para fins de pensão por morte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINARIA – PENSÃO POR MORTE- LIMINAR-Pretensão de reconhecimento de união estável e concessão de pensão por morte – Insurgência contra decisão de indeferimento da liminar – Ausência dos requisitos autorizadores em sede de cognição sumaria – Presunção de legitimidade do ato administrativo não ilidida pela prova dos autos- Vedação de concessão de medida liminar” contra a Fazenda Pública que “esgote, no todo ou parte, o objeto da ação” – inteligência do artigo 1º, da Lei 9.494/1997, em conjunto com o artigo 1º,3º, da Lei 8.347/92- Ausência de perigo de ineficácia da medida, caso venha a ser concedida ao final da ação, tendo em vista o tempo decorrido desde o falecimento – Decisão mantida- Recurso improvido. (TJ SP AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 21964886920158260000 SP 2196488-69.2015.8.26.0000,3ª CÂMARA, JULGAMENTO 10/11/2015, PUBLICADO 11/11/2015).

Por derradeiro, não importa se a documentação comprobatória é rasa, pois, sempre caberá apelo ao Poder Judiciário para elucidar a comprovação da existência do vínculo afetivo, econômico e social da união estável, em homenagem ao princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional. Resta saber se as mudanças legislativas serão alcançadas no sentido de restringir as possibilidades ou se serão reformuladas para incluir situações não compreendidas no corpo da própria Lei.

8 DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI) NO ATO CONCESSÓRIO DA PENSÃO POR MORTE

Com o advento da nova reforma da previdência, ocorrida em 2019, a forma de cálculo da pensão por morte sofreu alteração. O valor da pensão por morte não corresponde mais a 100% do valor da aposentadoria que o segurado vinha recebendo ao falecer ou o valor da aposentadoria por incapacidade permanente a que teria direito na data do óbito, mas, uma cota de 50% do valor da aposentadoria que o segurado receia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por incapacidade permanente da data de seu óbito, acrescido de 10% por dependente e até o máximo de 100%.

Abaixo, na Tabela 2, mostra-se o quadro informativo da nova renda mensal por dependente, no caso de pensão por morte.

Números de dependentes	Acréscimo à cota de 50%	Percentual da pensão por morte
01	10%	60%
02	20%	70%
03	30%	80%
04	40%	90%
05 ou mais	50%	100%

Tabela 2: Nova renda mensal por dependente.

O sistema de cota adotado pela nova reforma da previdência evidencia a redução da pensão por morte aos dependentes, cônjuges, companheiro e companheira. Além disso, havendo mais de uma pensionista, será rateada em parte iguais.

Cumprе salientar que essa nova regra de concessão de pensão por morte retira o direito da pensionista de gozar do direito de 100% do benefício da pensão por morte. Ainda, caso no ato concessório ou até mesmo após o ato concessório outros dependentes vierem a pleitear a pensão, a mesa será rateada a todos os que tiverem direito.

9. CONCLUSÃO

Em suma, nota-se que, ao longo dos anos, o instituto da união estável tem alcançado êxito após seu reconhecimento constitucional e civilista, quebrando tabus tradicionais, culturais, sociais e conservadores, de uma sociedade que não reconhecia a união estável como parâmetro de formação familiar. Antes, a união estável era vista como concubinato impuro, amaciável e desrespeitoso. Hoje, a união estável foi aderida pela sociedade, gozando das mesmas igualdades e condições do casamento.

Desta forma, faz-se necessário uma inovação no ordenamento jurídico, para que o instituto da união estável possa garantir segurança jurídica a milhões de companheiros (a) que

vivem em união estável em convivência pública, contínua e estável, com o objetivo de formação de família.

Os diversos julgados nos tribunais em reconhecer a união estável não somente no aspecto econômico, mas também pelo laço da afetividade. Pois, o simples fato do companheiro em vida não ter formalizado sua união estável, não exime de ter seu direito de pensão rejeitado pela autarquia.

O companheiro supérstite ao procurar a autarquia levando seus documentos pessoais e os documentos de seu instituidor para fazer jus ao benefício de pensão post mortem, não tem alcançado êxito na concessão do benefício de pensão previdenciária, ficando desamparado pelo Estado, procurando guarita do Poder Judiciário judicial para sua pretensão jurídica.

O Poder Judiciário tem sido fundamental nas soluções de conflitos no que tange o reconhecimento da união estável post mortem ao companheiro supérstite. As decisões dos Tribunais Federais têm alcançado companheiros de união estável heterossexual bem como os de uniões estáveis homoafetivas.

A visão inovadora e dinâmica dos Tribunais Federais em seus julgados reconhecendo a união estável post mortem não apenas no aspecto econômico, mas também no laço da afetividade tem logrado esperança, alívio, diminuindo com isso, sofrimento de milhões de pessoas que aderiram ao Instituto da união estável para fins de constituição de família.

Outrossim informo, as decisões dos Tribunais Federais em reconhecer a união estável post mortem ao companheiro supérstite para fins de ter o direito de receber pensão por morte junto a autarquia previdenciária, tem alcançado milhares de pessoas que tiveram seus pedidos administrativos negados pela autarquia. Os companheiros supérstites ao terem suas pretensões cerceadas, recorrem ao Poder judiciário, para alcançar o reconhecimento da união post mortem, seja através de documentos pessoais, fotos, mídias, declarações de endereço do mesmo domicílio, e-mails, facebook, mídias sociais, laço afetivo entre outros meios de provas.

Por fim, o instituto da união estável tem logrado ao longo dos anos inúmeras conquistas, em que tangem direitos trabalhistas, previdenciários, patrimoniais, sucessórios, em conformidade com o instituto do casamento. Com dialética social, o Estado, tem buscado o equilíbrio em condicionar direitos e igualdades nas constituições de família oriunda da união estável. Abrangendo com isso, todas as famílias que aderiram ou não a formalização da união estável post mortem.

10.REFERÊNCIAS

CASSETTARI, Christiano. DIREITO CIVIL. Elemento de Direito Civil. 2ª Edição. Saraiva.2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes & MARTINS, Francisco de Assis. União Estável na Previdência Social. 2ª Edição. Editora LTr.2019.

MENEZES, Adriana. DIREITO PREVIDENCIARIO. 8ª Edição. Editora JUS PODIVM. 2020.

PONTES da Silva, Jussara, **A NOVA ROUPAGEM DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**. 1ª Edição. Editora: Dialética: Belo Horizonte. 2020.

STOLZE, Pablo, Manual de Direito Civil. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva.2018.

STOLZE, Pablo, em seu livro. Novo Curso de Direito Civil. 2ª Edição. Editora. Saraiva. 2015.

TARTUCE, Flávio. DIREITO CIVIL. Direito de Família. 10ª Edição. Editora. Método.2015.

JURISPRUDÊNCIAS:

(TJDFT, Acórdão n.1097301, 20160710134112APC, Relator (a): JOÃO EGMONT, 2ª TURMA CÍVEL, Julgado em: 16/05/2018, publicado em: 21/05/2018) ”.

(TRF 1ª REGIÃO AC, APELAÇÃO CIVIL 0000405-60.2016.4.01.9199, 1ª câmara REGIONAL PREVIDENCIARIA DA BAHIA, PUBLICADO 10/08/2017, JULGAMENTO EM 20/07/2017. RELATOR. Juiz Federal SAULO JOSÉ CASALI BAHIA)

(TJRS, Apelação 70075687350, Relator (a): Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em: 28/02/2018, publicado em: 05/03/2018);

(TRF4, APELREEX 0012230-76.2015.404.9999, SEXTA TURMA, Relatora MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO, D.E. 23/01/2017)

(TJ SP AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 21964886920158260000 SP 2196488-69.2015.8.26.0000,3ª CÂMARA, JULGAMENTO 10/11/2015, PUBLICADO 11/11/2015)

Sites visitados:

<https://www.cartoriohabelo.gov.br>. Acessado em 12/10/2020 as 16:00 horas.

<https://www.inss.gov.br/orientacoes/dependentes> acessado em 07/06/2020 as 14:30 horas.

<https://www.planalto.gov.br> acessado em 04.07.2020 as 20:43 horas.

ASSISTÊNCIA E PREVIDÊNCIA SOCIAL, SEGURO DESEMPREGO E O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

KARINE DA SILVA COSTA:
Graduanda em Direito pela
FAMETRO - Faculdade
Metropolitana de Manaus.

MARCELO GRANJEIRO¹¹⁰

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho pretende abordar a respeito da relação entre assistência social, seguro desemprego e estado de calamidade pública, buscando ressaltar a importância do seguro desemprego em momentos em que há índices de desemprego, tais como ocorrem no Estado de Calamidade Pública, que acontece em decorrência de eventos naturais de natureza grave, como tornados, enchentes e, mais recentemente, com a pandemia da doença covid-19. Nesse sentido, buscou-se um paralelo entre Direito Previdenciário e Direito do Trabalho, de maneira que esta abordagem transdisciplinar pudesse evidenciar ainda mais a importância deste benefício ao trabalhador que esteja dentro dos requisitos da moldura legal, quer seja ele: trabalhador formal, trabalhador doméstico, pescador em período de defeso etc. Assim, concluiu-se que o Seguro-Desemprego é importante fonte de renda ao trabalhador, que funciona – durante o período de sua concessão – como uma espécie de renda básica a este trabalhador, que o auxilia a não passar fome ou outras necessidades até que consiga encontrar um outro emprego.

Palavras-Chave: Seguro-desemprego; Importância; Trabalhador; Calamidade Pública

ABSTRACT: This paper aims to address the relationship between social assistance, unemployment insurance and the state of public calamity, seeking to highlight the importance of unemployment insurance at times when there are unemployment rates, such as those occurring in the State of Public Calamity, which happens as a result of natural events of a serious nature, such as tornadoes, floods and, more recently, with the pandemic of the covid-19 disease. In this sense, a parallel was sought between Social Security Law and Labor Law, so that this transdisciplinary approach could further demonstrate the importance of this benefit to workers who are within the requirements of the legal framework, whether it be: formal worker, domestic worker, closed fisherman, etc. Thus, it was concluded that the Unemployment Insurance is an important source of income for the worker, which works - during the period of his concession - as a kind of basic income for this worker, which helps him to not go hungry or other needs until get another job.

Keywords: Unemployment insurance; Importance; Worker; Public Calamity

INTRODUÇÃO

¹¹⁰ Professor orientador da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO.

Desastres naturais ocorrem em todo o lugar do mundo, não escolhendo por vítimas pessoas pertencentes a classes mais ricas ou mais pobres: atingem a todos. Com o aumento da poluição e fatores correlatos, esses desastres têm acontecido com mais frequência que a muitos anos atrás.

Aqui, não falamos tão somente de situações como as de furacões, terremotos ou enchentes: o recente estrago biológico provocado pela pandemia do novo coronavírus, que trouxe a doença covid-19 a tona, também pode ser tido como motivo de decretação do mecanismo do Estado de Calamidade Pública, uma vez que vários estados a decretaram, inclusive o próprio estado do Amazonas.

Nessas situações, é normal que ocorra não só crises sanitárias, mas também econômicas decorrentes da diminuição da atividade produtiva dos cidadãos – aqui, eles acabam sendo impedidos pelas circunstâncias de trabalhar com a mesma habitualidade.

Portanto, é normal que haja aumento nas taxas de desemprego da população, com a consequente maior ocorrência de fatos como o aumento da miséria e a diminuição de renda per capita.

Na contramão disso, os preços da cesta básica e serviços básicos, como água e luz, continuam a serem cobrados e, em alguns casos, até sofrendo reajustes, como é o caso da cesta básica brasileira nos últimos meses.

Assim, verifica-se que, sem a ajuda do Estado para estas pessoas, tendo por fundamento os pilares do Direito previdenciário que são a assistência e a previdência social, muitas pessoas passarão fome e/ou sérias dificuldades em decorrência deste estado de calamidade pública, de maneira que sem a ajuda, quer seja ela por meio de valores econômicos, quer seja por outra maneira, tende a aumentar ainda mais as desigualdades sociais.

Nesse sentido, este trabalho pretende relacionar a importância da assistência social do Estado (um dos pilares da seguridade social, junto com a previdência e a saúde) e a previdência social, dando enfoque principal à figura do seguro-desemprego concedido em situações emergenciais tais como o estado de calamidade pública, uma vez que os índices de desemprego acabam subindo em situações extremas tais como esta, em decorrência da falta de vendas suficientes para justificar a quantidade de colaboradores e o fechamento de empresas, por exemplo.

Para isso, pretende-se esmiuçar o conceito e aplicabilidade da assistência social e da previdência social, explicando mecanismos legais que também demonstram esses conceitos.

Espera-se que a contribuição dessa pesquisa à sociedade venha por meio bibliográfico para auxiliar em outras pesquisas acadêmicas a respeito do direito previdenciário e do trabalho e que também seja um instrumento de informação à população sobre a importância da assistência social e o seguro-desemprego.

1 SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

Partindo da importância dada pela Constituição à seguridade social, pretende-se explicar esse conceito e suas bases legais e doutrinárias. Além disso, pretende-se apresentar a discussão a respeito da natureza jurídica do seguro-desemprego.

A definição legal para Seguridade Social vem por meio do artigo 194, caput, da Constituição da República: seria o “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Ela divide-se em três: saúde, previdência social e assistência social. Os três são os pilares que compõem a Seguridade Social, para que haja a efetiva prestação de serviços ao cidadão em suas necessidades.

Sobre a saúde, o artigo 196 da Constituição da República define que é dever do Estado, sendo direito de todos. Para isso, é necessário que o Estado proponha políticas públicas para que o acesso universal a esse bem seja assegurado. Logo, sendo direito de todos, o acesso a saúde independe de contribuição.

Sobre a previdência, é um benefício pago a quem contribui, como no caso da previdência social agindo na aposentadoria.

Já a assistência social é devida aos hipossuficientes, aqueles que realmente necessitam da ajuda do Estado para sua subsistência. Há vários exemplos de políticas assistenciais do Estado, como o programa Bolsa Família e mais recentemente (com a pandemia recente da doença covid-19) com o programa governamental do auxílio emergencial.

Reis (2005) traz uma definição doutrinária para a melhor compreensão do que seria a Seguridade Social, explicitando a importância de o Estado prover a população em suas necessidades mais vitais em momentos de necessidade, uma vez que a Seguridade Social acaba sendo exatamente sobre isso:

“Conjunto de medidas adotadas pelo Estado, por meio de organizações próprias ou subvencionadas, destinadas a prover as necessidades vitais da população do país, nos eventos básicos previsíveis e em outras eventualidades, variáveis segundo as condições nacionais, que podem verificar-se na vida de cada um, por meio de um sistema integrado de seguro social e de prestação de serviços, de cuja administração e custeio participam, direta ou indiretamente, os próprios segurados ou a população mesma, as empresas e o Estado” (Moacyr Velloso Cardoso de OLIVEIRA)

1.1 Previsão constitucional

A seguridade social está prevista expressamente por meio da Constituição Federal, por meio do artigo 194 e é definida como “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

No próximo tópico, trabalharemos a respeito dos princípios da Seguridade Social e seus desdobramentos.

1.2 Princípios

A Constituição da República dispõe vários direitos fundamentais. Esses direitos vêm do fato de que ela dispõe como um dos mais importantes princípios o princípio da dignidade da pessoa humana, que dá direitos básicos como a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

É importante percebermos que todos esses direitos precisam ser norteados por esse princípio: logo, o direito à vida, por exemplo, deve ser compreendido melhor pelo dispositivo constitucional como o direito à vida com dignidade.

Para dar dignidade a vida, são elencados diversos direitos sociais, tais como o direito ao lazer, ao trabalho, a previdência social, assistência social aos desamparados, entre outros (BRASIL, 1988).

O direito previdenciário divide-se em alguns princípios importantes, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, o equilíbrio econômico, a vedação ao retrocesso e a proteção ao hipossuficiente.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Portella Júnior (2018) entende que ele se concretiza ao visualizarmos o caráter garantidor da qualidade de vida do cidadão: “o Direito à Previdência Social visa proteger e garantir uma melhor qualidade de vida aos trabalhadores e aqueles que dependem dele, quando alguma infelicidade ocorrer e for necessário usufruir dos benefícios da previdência social.”

Em se tratando do princípio da solidariedade social, Bastos (2018) entende ser um princípio em que se verifica a ideia do coletivo auxiliar na concretização dos atos de assistência social do Estado. Daí decorrem, por exemplo, as contribuições previdenciárias:

(...) orienta todas as medidas de proteção do Estado, mas também o dever coletivo da sociedade de financiar, direta ou indiretamente, a seguridade social, disposto na Constituição Federal. É, portanto, o princípio que caracteriza e baseia o principal objetivo do direito previdenciário. Por óbvio, deve atuar conforme o princípio da dignidade humana. No entanto, é ele que fortalece os deveres já mencionados.

Sobre o princípio do equilíbrio econômico, é necessário tecer algumas considerações. Primeiro: trata-se de um princípio de longo alcance. Segundo: não há consenso entre a doutrina e a jurisprudência sobre ele, ou seja, não houve uniformização (TORRACA, 2010). Ele pode ser compreendido como a necessidade da gestão pública de sempre encontrar formas de manter o sistema previdenciário funcionando.

Já o princípio da vedação ao retrocesso social não é visto de forma taxativa pela Constituição da República; porém ao interpretarmos o direito previdenciário à luz do artigo

5º da Constituição, percebemos sua existência. Santos Neto (2017) defende a importância da aplicação do referido princípio dentro do direito previdenciário, no sentido de não diminuir ou retirar os direitos dos que mais necessitam do auxílio estatal em momentos críticos.

Finalmente, o princípio da proteção ao hipossuficiente diz respeito a relação entre o Estado e o indivíduo dentro do direito previdenciário. Sabemos que não é possível tratar o Estado e o indivíduo da mesma forma, pois os dois possuem recursos desiguais, portanto não há paridade de armas se não houver a proteção ao indivíduo na relação. Isso porque várias vezes tal indivíduo já se encontra em situação de hipossuficiência, conforme entendimento de Bastos (2018):

(...) a relação previdenciária se estabelece entre o indivíduo e o Estado. E, de modo geral, o indivíduo que recorre à Previdência já necessita de um amparo em função de suas condições socioeconômicas.

Colocá-los em patamares iguais, portanto, poderia incorrer na violação aos princípios da dignidade humana e da solidariedade social. E desse modo, as normas previdenciárias devem sempre ser interpretadas a favor do menos favorecido

1.3 Assistência e Previdência Social

Para Silva, Martins e Rezende (2011) o Estado é o primeiro ente que tem o dever de se responsabilizar pelo provimento das necessidades básicas e secundárias da população, mas não o faz a todos e todas em decorrência da “reserva do possível”, ou seja, por estas demandas serem muito complexas, é necessário escolher quais problemas serão resolvidos pelo Estado e quais não. Este juízo é feito a partir da ponderação de quais problemas sociais são vistos como os que precisam, necessariamente, de algum tipo de solução:

O Estado é o principal responsável pelo provimento de bens e serviços à população no intuito de atender suas necessidades básicas e secundárias. Porém, como as demandas sociais são diversas e complexas, torna-se necessário a seleção de quais problemas existentes na sociedade receberão maior atenção em detrimento de outros. Neste sentido, as políticas públicas podem ser consideradas o instrumento por meio do qual as questões sociais passam a ser vistas como problemas que requerem algum tipo de solução e entram para a agenda dos governos

Nesse sentido, cabe trazer a definição doutrinária de Assistência Social, uma vez que esta é parte das políticas públicas pilares da Seguridade Social, sendo que pode ter seus mecanismos como usos necessários também no caso do desemprego, para além da definição de Previdência Social, ao qual veremos logo a seguir.

Segundo Torres (2012), a Assistência Social se trata de ramo da Seguridade Social que disciplina o tratamento dos hipossuficientes e, portanto, tem por beneficiários aqueles que dela necessitam, sem a necessidade de prévia contribuição:

A assistência social é o segmento autônomo da seguridade social que tratar dos hipossuficientes, ou seja, daqueles que não possuem condições de prover sua própria manutenção. Cuidará daqueles que têm maiores necessidades, sem exigir deles (seus beneficiários) qualquer contribuição à seguridade social. Portanto, o Sílvio Santos não poderá valer-se dos benefícios e serviços da assistência social, porque ele não é uma pessoa hipossuficiente (não necessita dos serviços e benefícios da assistência social). A atuação protetiva fornecerá aquilo que for absolutamente indispensável para cessar o atual estado de necessidade do assistido (Exs.: alimentos, roupas, abrigos e até mesmo pequenos benefícios em dinheiro). A assistência social serve para cobrir as lacunas deixadas pela previdência social que, devido a sua natureza contributiva, acaba por excluir os necessitados.

Já a Previdência Social encontra fundamento no artigo 201 da Constituição Federal, conforme veremos a seguir:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV – salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de

baixa-renda;

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º

Segundo Souza e Souza (2017) nos trazem que a Previdência Social tem característica contributiva, que acarreta o pagamento de contribuições para que haja cobertura para determinadas situações que podem ocorrer. Assim, se trata de um seguro *sui generis*:

No mesmo sentido, Fábio Zambitte Ibrahim (2014, p. 27) afirma que a Previdência Social pode ser definida como “seguro *sui generis*, pois sua filiação é compulsória para regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais”.

Outrossim, salienta-se que a característica contributiva da Previdência Social, acarreta no pagamento das contribuições para a cobertura de riscos predeterminados, isto é, somente aqueles que estiverem contribuindo para o Sistema da Previdência Social terá os direitos aos benefícios previdenciários previstos em lei.

Não obstante, repute-se que a filiação para regimes básicos da Previdência Social (RGPS e RPPS) é feita de forma compulsória, ou seja, independe de manifestação de vontade, sendo obrigatório e acontecendo de forma automática.

Feitas estas prévias considerações, passaremos a análise da figura do Seguro Desemprego e a sua importância para o trabalhador.

2 SEGURO DESEMPREGO

O seguro-desemprego é um dos mais importantes direitos do trabalhador, que é uma espécie de renda a um trabalhador que, em tendo contribuído com o Estado durante um determinado período de tempo, tem pela Previdência Social um valor a ele distribuído, de maneira que possa contar com uma ajuda financeira com o fim de suprir suas necessidades básicas.

É importante citarmos que a concessão do seguro-desemprego não é dada necessariamente a todos os trabalhadores que se encontram desempregados: é necessário que o trabalhador interessado cumpra alguns requisitos dispostos por meio da legislação vigente, os quais serão vistos mais bem trabalhados no decorrer deste tópico.

Para Balestro, Marinho e Walter (2011), a ideia de concessão de seguro-desemprego remete a necessidade de equilíbrio do desempenho econômico e a proteção social, uma vez que é necessário conferir ao trabalhador esta segurança. Para isso, referem-se a experiência do flexicurity, espécie de seguro-desemprego dinamarquês:

A necessidade de equilibrar proteção social e desempenho econômico está muito relacionada à construção de Estados de Bem-Estar. A combinação de desempenho econômico e proteção social é uma possibilidade desafiadora e contraditória, como mostrou a experiência dinamarquesa de *flexicurity* (MADSEN, 2006). Trata-se de uma combinação entre flexibilidade no mercado de trabalho e segurança do trabalhador.

Os autores ainda entendem que este programa social da Dinamarca proporcionou a competitividade e a produtividade, sendo que por meio dele existe mais possibilidade de o trabalhador continuar no mercado de trabalho e isso é feito justamente por conta da existência de políticas públicas; a segurança de receber uma renda quando não se está na ativa, trabalhando, e proporcionando equilíbrio entre o tempo gasto no trabalho e a dedicação a vida familiar:

A combinação permitiria participação e inclusão social com qualidade e, ao mesmo tempo, uma flexibilidade no funcionamento do mercado de trabalho capaz de permitir o ajuste tempestivo e adequado às mudanças necessárias para manter competitividade e produtividade (VIEBROCK & CLASEN, 2009). Há três tipos de segurança para o conceito de *flexicurity*: a segurança do emprego com a maior probabilidade do trabalhador se manter no mercado de trabalho, por meio de políticas ativas; a segurança da renda com o recebimento de um benefício nos períodos em que o trabalho pago é interrompido; e, por fim, ter garantido o equilíbrio do tempo gasto com o trabalho e com a vida familiar. O conceito de segurança no emprego é substituído por uma segurança no trabalho (BALESTRO, MARINHO E WALTER, 2011)

Assim, com a edição desta política pública, foi possível ao trabalhador se manter mais estável ao mercado de trabalho, ainda que em períodos curtos em cada empresa. O programa, portanto, procurou verificar de que maneira poderia tornar o mercado de trabalho mais eficiente, e isso ocorreu por meio do Estado:

Em outros termos, o trabalhador, por meio de políticas de emprego ativas, tem acesso mais estável ao mercado de trabalho, mesmo que em períodos mais curtos em cada empresa. Sob o ângulo da intermediação de mão de obra, é necessário que existam serviços públicos de intermediação, que possam focar nas transições de emprego, com a participação dos empregadores. Isso tornaria o mercado de trabalho mais eficiente. Além disso, os diversos parceiros envolvidos nos processos de intermediação de mão de obra podem ajudar na organização da transição entre empresas, a exemplo de agências de emprego temporários. (BALESTRO, MARINHO E WALTER, 2011)

O Brasil, infelizmente, possui algumas dificuldades em relação a intermediação de mão de obra, uma vez que temos baixas taxas de cobertura para treinamento dos trabalhadores e isto está fora de alinhamento com os interesses do setor produtivo, ou seja, com os interesses dos empregadores:

A intermediação de mão de obra no Brasil é dificultada pela baixa taxa de cobertura em relação às necessidades de treinamento e pela pouca focalização das ações, que pouco se associam com os interesses do setor produtivo (CHAHAD, 2009) (BALESTRO, MARINHO E WALTER, 2011)

No caso do seguro-desemprego no Brasil, este benefício é regulado por meio de lei e existem algumas exceções quanto a sua aplicação, tal como a que ocorre com a questão do não cabimento de seguro-desemprego quando do plano de demissão involuntária:

Quando o desligamento decorre de adesão ao plano de demissão voluntária (PDV), é indevida a concessão ou pagamento de

indenização pela não liberação das guias de seguro-desemprego. Essa é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, reafirmada pela 1ª Turma em julgamento no qual uma montadora saiu vitoriosa.

A empresa foi condenada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região a liberar as guias do seguro-desemprego a um metalúrgico que aderiu ao PDV em 2006. O trabalhador disse que deixou de sacar o benefício por causa do não fornecimento das guias.

O autor da ação argumentou que a montadora descumpriu as obrigações previstas na Resolução 252/00 do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat), que estabelece procedimentos relativos à concessão do seguro-desemprego. A norma foi revogada posteriormente pelas resoluções 392/04 e 467/05, que se encontra em vigor.

O juízo da 3ª Vara do Trabalho de São Bernardo do Campo (SP) considerou indevida a concessão do seguro-desemprego, por violação do artigo 3º da Lei 7.998/90 e da Resolução 467/05 do Codefat. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), porém, determinou a liberação das guias, por entender que a dispensa sem justa causa garantiu ao trabalhador o direito ao benefício.

No recurso ao TST, a montadora sustentou que não entregou a guia porque o artigo 6º da Resolução 252/00, vigente à época da dispensa, impedia a percepção do seguro-desemprego por empregados que aderem aos planos de demissão voluntária.

O ministro Hugo Carlos Scheuermann, relator do recurso, acolheu a tese da empresa, ressaltando que o TST tem firmado entendimento de que, quando o desligamento da empresa vem de adesão ao plano PDV, é indevido o pagamento de indenização por não liberação das guias de seguro-desemprego.¹¹¹

Feitas essas considerações, passaremos a trabalhar mais propriamente o conceito de Seguro-Desemprego a partir da sua definição legal e seus requisitos.

2.1 Conceito e requisitos

O seguro-desemprego é um benefício concedido aos trabalhadores que estão fora do mercado de trabalho por motivos de demissão involuntária, desde que cumpridos alguns requisitos. Rocha Filho (2015) entende que este benefício se trata de um direito

¹¹¹ **Adesão a PDV afasta direito ao seguro-desemprego, reafirma TST.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/adesao-pdv-afasta-direito-seguro-desemprego-reafirma-tst>

constitucional, que tem principal norma reguladora a lei n. 7998/90 e a resolução n. 467/2005 do CODEFAT:

O seguro-desemprego é um direito garantido constitucionalmente ao trabalhador, em caso de desemprego involuntário. Trata-se, portanto, de um auxílio concedido ao trabalhador desempregado, desde que esse satisfaça alguns critérios estabelecidos na Lei nº 7.998/1990 que regula o programa, bem como na Resolução nº 467 de 2005 do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador – CODEFAT que estabelece procedimentos relativos a concessão do benefício. A secretaria do Fundo de Amparo ao Trabalhador que estabelece diretrizes para o custeio do seguro-desemprego e está vinculado ao Ministério do trabalho que é responsável pela fiscalização do cumprimento do programa.

O seguro-desemprego é destinado aos trabalhadores formais, ou seja, aqueles que tem carteira assinada; para os trabalhadores formais com contrato de trabalho suspenso; pescador profissional durante o período de defeso, ou seja, quando estão impedidos por lei a realizarem a pesca e o trabalhador resgatado de condição semelhante a de escravo:

trabalhador formal (o mais comum) e doméstico, por dispensa sem justa causa, inclusive dispensa indireta;

trabalhador formal com contrato de trabalho suspenso por participação em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador;

pescador profissional durante o período do defeso (época em que os pescadores não podem exercer sua profissão, pois os animais estão se reproduzindo na natureza);

trabalhador resgatado da condição semelhante à de escravo¹¹²

Hoje, o seguro-desemprego é concedido ao trabalhador que cumpre os seguintes requisitos, conforme consta nas orientações da Caixa Econômica Federal:

Tiver sido dispensado sem justa causa;

Estiver desempregado, quando do requerimento do benefício;

Ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física equiparada à jurídica (inscrita no CEI) relativos a:

¹¹² Jornal Contábil. CLT: **Quais os requisitos para receber seguro-desemprego em 2020?** Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/inss-quais-os-requisitos-para-receber-seguro-desemprego-em-2020/>

pelo menos 12 (doze) meses nos últimos 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da primeira solicitação;

pelo menos 9 (nove) meses nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da segunda solicitação; e

cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando das demais solicitações;

Não possuir renda própria para o seu sustento e de sua família;

Não estiver recebendo benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente.¹¹³

Assim, desde que o trabalhador tenha sido dispensado sem justa causa, esteja desempregado ao requerer o benefício, não esteja recebendo o BPC (benefício de prestação continuada) por parte da Previdência Social – a não ser que seja oirundo de pensão por morte ou auxílio-acidente, não possua renda própria para seu sustento e esteja dentro de uma das três hipóteses de prazo de carência acima descritas, será possível a sua concessão a este trabalhador.

Uma crítica que pode ser feita a esta concessão é que ela é, necessariamente, cheia de entraves. Isso porque muitas vezes a renda própria a qual se refere anteriormente advém de trabalhos autônomos que alguns trabalhadores acabam recorrendo para conseguir manter a si e a sua família enquanto a ajuda estatal não vem.

Esses valores, por vezes, não chegam nem a um salário-mínimo corrente para estes trabalhadores, o que acaba por prejudicar a si mesmo e a sua família. Assim, o impedimento de existência de renda própria (ainda que pequena e oriunda de trabalhos autônomos) acaba tornando o segurado ainda mais dependente da Previdência Social, justamente aquilo que a lei aparenta querer se desvencilhar.

3 ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Recentemente, com a pandemia da doença covid-19, causada pelo coronavírus, houve inúmeros impactos causados na saúde e em outros setores, que acabaram caindo em decorrência disso, como a economia de uma maneira geral.

Para o combate da doença, foram necessários inúmeros esforços por parte dos governantes locais, que se utilizaram principalmente do instrumento ao qual será discutido por este tópico: a decretação do Estado de Calamidade Pública.

¹¹³ Caixa Econômica Federal. **Perguntas Frequentes sobre o Seguro Desemprego**. Disponível em <https://www.caixa.gov.br/beneficios-trabalhador/seguro-desemprego/perguntas-frequentes/Paginas/default.aspx>

Assim, o presente tópico visa trazer uma breve explanação a respeito do Estado de Calamidade Pública, tendo como principal fundamento o Decreto n. 7257/2010, que regulamenta os repasses pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em casos em que ocorrem a chamada situação de emergência e o estado de calamidade pública.

3.1 Breves Considerações

Segundo o Decreto n° 7257/2010, o Poder Executivo Federal – ou seja, a União – deverá apoiar os Estados, Distrito Federal e Municípios que estiverem em situação de emergência ou em situação de Estado de Calamidade Pública, que é provocado por desastres.

Art. 1º O Poder Executivo federal apoiará, de forma complementar, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em situação de emergência ou estado de calamidade pública, provocados por desastres.

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - defesa civil: conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e recuperativas destinadas a evitar desastres e minimizar seus impactos para a população e restabelecer a normalidade social

II - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

Art. 7º O reconhecimento da situação de emergência ou do estado de calamidade pública pelo Poder Executivo federal se dará mediante requerimento do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município afetado pelo desastre.

Nesse sentido, o conceito que nos é interessante é aquele oriundo do artigo 2º, IV, que entende que o estado de calamidade pública é “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”

A decretação do Estado de Calamidade Pública, nesse sentido, tem por principal objetivo obter o fundamento para o auxílio financeiro da União aos entes Estaduais, Distritais e Municipais, que será, necessariamente, obrigatório:

Art. 8º As transferências obrigatórias da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução, observarão os requisitos e procedimentos previstos na Medida Provisória nº 494, de 2010, e neste Decreto.

O Decreto n. 7257/2010 traz, ainda, a maneira que estes recursos serão transferidos aos entes que necessitarem dessa ajuda, que é calculada a partir da disponibilidade orçamentária e financeira da União, sendo que estes valores terão o seu fim já especificado pela mesma norma:

Art. 9º Reconhecida a situação de emergência ou o estado de calamidade pública, o Ministério da Integração Nacional, com base nas informações obtidas e na sua disponibilidade orçamentária e financeira, definirá o montante de recursos a ser disponibilizado para a execução das ações especificadas nos incisos V, VI e VII do art. 2º.

Parágrafo único. A transferência dos recursos se dará mediante depósito em conta específica do ente beneficiário em instituição financeira oficial federal

Assim, passaremos ao próximo tópico, onde faremos uma breve explanação a respeito da assistência e previdência social e sua relação com o seguro desemprego em ocorrendo o Estado de Calamidade Pública.

4 ASSISTÊNCIA SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL, O SEGURO DESEMPREGO E O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Em situações em que ocorrem desastres naturais ou biológicos, é normal que a vida não fique mais em sua normalidade durante algum tempo, o que demanda medidas por parte do Estado.

Isso porque estas mudanças trazidas pelo Estado de Calamidade Pública, em decorrência de alguma situação grave, podem ocasionar crises econômicas ou inviabilidade de trabalhos em determinado setor, o que dificultaria o sustento dos trabalhadores daquele determinado setor ou, até mesmo, de todo o mercado de trabalho em geral.

Assim, faz-se importante e necessária a distribuição do seguro-desemprego aos segurados que possuem este direito assegurado pelas normas vigentes, de maneira que se possa proporcionar a estes segurados a possibilidade de sustentarem a si mesmos e a sua família enquanto no período de falta de emprego e renda.

A crítica a essa ideia, no entanto, pode vir a partir do momento em que se pensa: “mas e os trabalhadores que não estão dentro do período de carência do seguro?”, “trabalho autônomo para me sustentar após ter sido demitido, e agora?”; ou, ainda, “minha renda não era suficiente para me sustentar, então eu fazia alguns bicos enquanto autônomo”.

O que fazer para também abarcar a estes trabalhadores em um momento difícil, tal como a crise econômica, que faz com que não haja consumo suficiente para os serviços a estes outros trabalhadores?

Talvez, a resposta esteja no pilar da Assistência Social do Estado, onde é necessário que se forneça ajuda a quem dela necessita, sem necessariamente cobrar destes trabalhadores uma contribuição.

Esta resposta seria, provavelmente, por meio do fornecimento de uma espécie de renda básica a esta população de baixa renda e que não possui, ao menos momentaneamente, a capacidade de se sustentar. Daí a importância de programas assistenciais do governo, tais como o atual Auxílio Emergencial e o Bolsa Família, por exemplo.

CONCLUSÃO

O Estado de Calamidade Pública é uma situação anormal que geralmente ocorre por meio de um desastre natural ou biológico, que acaba por causar grandes consequências a vida das pessoas, também tendo impacto na manutenção dos empregos, uma vez que, trazendo consigo crises econômicas, existe grandes possibilidades das empresas – aqui representados pelos empregadores – não consigam mais vender serviços ou produtos suficientes para justificar a manutenção de tantos empregos durante esta crise econômica, o que acaba proporcionando também grandes desafios aos empregados, que ficam sem sua renda mensal para se manter, muitas vezes junto a sua família.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou, durante o seu decorrer, demonstrar a estreita relação entre o Estado de Calamidade Pública, a necessidade de Assistência Social e o Seguro-Desemprego, de maneira que entende ser necessária a garantia de uma renda básica ao trabalhador em situações em que possa ficar desempregado em decorrência de fatos que acabem ocasionando seu desemprego involuntário, como o Estado de Calamidade Pública também o é.

É preciso que o Estado continue a oferecer esta política assistencialista ao trabalhador e que, de preferência, além da distribuição do Seguro-Desemprego a estes trabalhadores, também forneça maneiras deste trabalhador conseguir voltar ao mercado de trabalho, quer seja por meio de cursos em que o trabalhador conseguirá se manter mais atualizado com as necessidades das empresas, quer seja por meio da promoção de incentivos a empresas para que estas sejam mais propensas a contratar este trabalhador desempregado.

Com o Estado de Calamidade Pública decorrente da pandemia da covid-19, o Estado permitiu que houvesse a desoneração de pagamento de impostos da folha de pagamento destes trabalhadores, diminuindo o recolhimento de encargos trabalhistas importantes. Não entendemos que a diminuição dos direitos dos trabalhadores, neste contexto, seja justificável a este propósito.

O oferecimento de incentivos a estas empresas não precisam vir necessariamente com a diminuição dos encargos trabalhistas, podendo ser feita com o oferecimento de alguma outra vantagem competitiva a elas no decorrer de alguns anos, por exemplo.

O que importa é que haja o incentivo a manutenção de empregos e, quando estes não forem possíveis, a possibilidade de assegurar esta renda básica que é o seguro-desemprego a aqueles que dele necessitam, sem criar entraves maiores que os que já constam na lei e com a maior celeridade possível para o processamento deste.

REFERENCIAS

BALESTRO, M V; MARINHO, D N C; WALTER, M I M T. **Seguro-desemprego no Brasil: a possibilidade de combinar proteção social e melhor funcionamento do mercado de trabalho.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922011000200010&script=sci_arttext&tlng=pt

BASTOS, A. **Direito Previdenciário: princípios que todo advogado deve conhecer.** Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/principios-do-direito-previdenciario/>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 7.257.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm

PORTELLA JÚNIOR, J L. **O princípio da dignidade humana no direito previdenciário.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/o-principio-da-dignidade-humana-no-direito-previdenciario/>

REIS, J T. **Seguridade Social na Constituição de 1988.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/seguridade-social-na-constituicao-de-1988/>

SANTOS NETO, A L. **A importância da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social ao direito previdenciário.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-importancia-da-aplicacao-do-principio-da-vedacao-do-retrocesso-social-ao-direito-previdenciario/>

SILVA, F B. MARTINS, C M F. REZENDE, V A. **A recessão econômica de 2015 e seus impactos nos requerimentos de seguro-desemprego no Brasil.** Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.13, n.1, p. 45-67, TRI I2019. ISSN 1980-7031 Disponível em: <https://rica.unibes.com.br/rica/article/view/957/755>

SOUZA, J B; SOUZA, D P B. **Seguridade social.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/seguridade-social>

TORRACA, S P. **Princípio do equilíbrio financeiro e atuarial – uma breve análise do princípio insculpido no caput do artigo 201 da Constituição Federal.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/principio-do-equilibrio->

[financeiro-e-atuarial-uma-breve-analise-do-principio-insculpido-no-caput-do-artigo-201-da-constituicao-federal/](#)

TORRES, F C D. **Seguridade social: conceito constitucional e aspectos gerais**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/seguridade-social-conceito-constitucional-e-aspectos-gerais/>

ENCARCERAMENTO FEMININO NO ESTADO DO TOCANTINS SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

SINNDY MENDONÇA DOS SANTOS:

Acadêmica do 10º período do Curso de Direito na Instituição de Ensino Faculdade Serra do Carmo, em Palmas-Tocantins.

ISRAEL ANDRADE ALVES

(orientador)¹¹⁴

SIBELE LETÍCIA RODRIGUES DE OLIVEIRA BIAZOTTO

(co-orientadora)¹¹⁵

RESUMO: É de suma importância conhecer e debater a realidade no sistema carcerário feminino, pois as mulheres encarceradas enfrentam dificuldades degradantes e desumanas, violando uma série de direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Embora existam leis que assegurem sobre seus direitos, estes não são respeitados de forma mínima ou suficientes pelo Estado. O problema em questão precisa ser analisado sob a ótica da dignidade da pessoa humana, uma vez que a dignidade da pessoa humana é a base de todo ordenamento jurídico, sendo um dos princípios fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988. O presente estudo tem por objetivo geral analisar as dificuldades enfrentadas pela mulher encarcerada no sistema prisional feminino tocantinense, levando em consideração a dignidade da pessoa humana, dando maior visibilidade às dificuldades relacionadas às estruturas físicas dos presídios e às condições de higiene e saúde. Para tal, foi realizada pesquisa descritiva, com análise qualitativa e crítica, com base em documentos, leis e artigos sobre o encarceramento feminino no Estado do Tocantins. Diante desse cenário, torna-se imperioso apresentar essas dificuldades, bem como as possíveis soluções.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Mulher Encarcerada; Encarceramento Feminino; Mulheres.

ABSTRACT: It is extremely important to know and debate the reality in the female prison system, as incarcerated women face degrading and inhuman difficulties, violating a number of rights and the principle of human dignity. Although there are laws that guarantee your rights, these are not respected in a minimal or sufficient way by the State. The problem in question needs to be analyzed from the perspective of the dignity of the human person, since the dignity of the human person is the basis of all legal order, being one of the fundamental principles provided for in the Federal Constitution of 1988. The present study aims to general

¹¹⁴ Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Professor e Delegado de Polícia Civil.

¹¹⁵ Advogada criminalista. Pós-Graduada Ciências Criminais pela Estácio de Sá. Presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM/TO. Presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Tocantins - CEPTO.

analyze the difficulties faced by women imprisoned in the Tocantins' female prison system, taking into account the dignity of the human person, giving greater visibility to the difficulties related to the physical structures of prisons and to the conditions of hygiene and health. To this end, a descriptive research was carried out, with qualitative and critical analysis, based on documents, laws and articles on female incarceration in the State of Tocantins. Given this scenario, it is imperative to present these difficulties, as well as possible solutions.

Keywords: Dignity of the Human Person; Rights of Imprisoned Women; Female Incarceration; Women

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve histórico do Sistema Carcerário Feminino no Brasil – 3. Dignidade da Pessoa Humana na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – 3.1. Os Direitos e Garantias da mulher encarcerada – 4. Dificuldades enfrentadas pela mulher encarcerada no Sistema Prisional Feminino do Tocantins – 4.1. Condições de Higiene e saúde da mulher encarcerada – 4.2. Estrutura física dos presídios – 5. Considerações Finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Conhecer e debater o encarceramento feminino tocantinense e suas particularidades pertinentes ao gênero é necessário. As mulheres encarceradas enfrentam dificuldades para cumprirem suas penas de forma digna, por mais que a lei garanta seus direitos, estes não são efetivamente respeitados pelo Estado.

Sob essa linha de pensamento, segundo a coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (Nudem), da Defensoria Pública Estadual/TO, Dra. Franciana Di Fátima Cardoso, “a vulnerabilidade do cárcere feminino extrapola em muito todas as violações corriqueiras presentes no encarceramento masculino e potencializa todas as vulnerabilidades femininas, contribuindo para o agravamento de desumanidades” (DPE-TO, 2019, *online*).

Diante disso, o encarceramento feminino tocantinense carece de atenção perante o Estado e sociedade, com isso, torna-se fundamental apresentar a realidade em que vivem as mulheres nas unidades prisionais femininas.

Com o fim de se analisar o problema em questão, este estudo tem como objetivo geral analisar as dificuldades enfrentadas pela mulher presa levando em consideração a dignidade da pessoa humana. As dificuldades presentes estão relacionadas à estrutura física dos presídios e às condições de higiene e saúde da mulher encarcerada. O estudo será feito sob a ótica da dignidade humana, visto que “o princípio da dignidade da pessoa humana, dentro desta matéria, reforça que o apenado deve ser tratado, acima de tudo, como **pessoa humana**, digna de um tratamento que atenda suas necessidades básicas, ao mesmo tempo em que cumpre a pena prevista” (OLIVEIRA, 2014, *online*, grifo nosso).

Para tanto, a metodologia eleita consiste em pesquisa descritiva, com análise qualitativa e crítica, tendo como fonte a pesquisa bibliográfica, por meio da análise de livros, artigos científicos sobre o encarceramento feminino, sendo também utilizada a pesquisa documental, da análise de leis e notícias disponibilizadas na internet.

Por conseguinte, na primeira seção, apresenta-se breve histórico sobre sistema carcerário feminino no Brasil; na segunda, aborda-se a dignidade da pessoa humana na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os direitos e garantias da mulher encarcerada; por fim, na terceira seção, analisam-se as dificuldades enfrentadas pela mulher encarcerada no sistema prisional feminino do Tocantins.

2.BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO NO BRASIL

As pesquisas sobre o encarceramento feminino no Brasil, referentes às décadas passadas, são indefinidas e incompletas e, diante disso, não há informações concretas sobre o assunto. No ano de 1870, surgiu o Relatório do Conselho Penitenciário do Distrito Federal como primeiro documento sobre as mulheres presas. O relatório informava que 187 mulheres escravas passaram pelo calabouço, o qual era cubículo para escravos, que tinha o funcionamento dentro da Casa de Correção da Corte, por volta dos anos de 1869 e 1870, tendo sido uma delas mantida presa durante 25 anos (OLIVEIRA, 2008).

Ademais, cumpre destacar que, a porcentagem de mulheres criminosas era bem inferior com relação ao masculino. As mulheres daquela época eram detidas por vadiagens, brigas, infanticídio, aborto e bruxarias. No tocante ao estabelecimento, as detentas eram submetidas a lugares que não correspondiam com suas necessidades específicas. As autoridades daquela época não avistavam relevância da criação de um ambiente próprio para acomodar as mulheres detidas.

No ano de 1924, o brasileiro Lemos de Brito percorreu o País visitando todas as prisões de mulheres daquela época. Diante dessa experiência, o ideólogo elaborou um projeto de reforma penitenciária e entregou um plano geral, em que orientou a União a edificar um reformatório especial, que não fosse traçado nos padrões comuns referentes à época, isto é, no modelo das prisões masculinas. Ao contrário, o recomendou ao Estado construir um reformatório voltado ao tratamento intrínseco para a mulher por parte do Sistema Penitenciário (OLIVEIRA, 2008).

Nota-se que, para as autoridades o modelo de prisão era suficiente para alojar as mulheres. Visto que necessitou de um olhar mais humanístico para atentar que aquele modelo ia de desencontro com as necessidades intrínsecas das mulheres

Em 1940, com o Decreto Lei n. 2.848 estabelecendo o Código Penal, determinou-se que as mulheres deveriam cumprir suas penas em estabelecimentos distintos dos homens, em locais próprios para elas. No ano de 1941, o Código de Processo Penal veio reforçando essa mesma ideia, de que as mulheres deveriam ter estabelecimento penal próprio (SANTOS, J.; SANTOS, I., 2014).

Para Soares e Ilgenfritz (2002, p. 57), a partição entre homens e mulheres teria de ocorrer com a finalidade de “garantir a paz e a tranquilidade desejada nas prisões masculinas, do que propriamente a dar mais dignidade às acomodações carcerárias, até então compartilhadas por homens e mulheres”.

Cumpre ressaltar que a realidade brasileira não era diferente do que se apresentava em outros países. Os primeiros estabelecimentos exclusivos para mulheres foram na cidade de

Porto Alegre/RS em 1937, acompanhado pelo estabelecimento prisional feminino de São Paulo/SP em 1942 e o presídio feminino de Bangu/RJ, também no mesmo ano de 1942. Dentre esses, somente o estabelecimento de Bangu/RJ foi construído com peculiaridades semelhantes aos dos presídios masculinos, as outras foram criadas para atender o público feminino (SANTOS, J.; SANTOS, I., 2014).

Perante as criações dos estabelecimentos prisionais destinados ao público feminino, trouxe consigo a indispensabilidade de agentes prisionais do mesmo sexo. O Brasil teve como referência de outros países, no qual as penitenciárias femininas eram coordenadas por religiosos, assim sendo, as unidades prisionais de mulheres foram gerenciadas pelas Irmãs da Congregação do Bom Pastor.

As Irmãs da Congregação do Bom Pastor administravam os estabelecimentos prisionais por meio de um contrato com o Estado, reguladas por um regimento, no qual eram encarregadas pela educação doméstica, com instrução profissional, ensino educacional e religioso, alimentação, vestuário e higiene das detentas. A Congregação estava sujeitada pelas secretarias de justiça estaduais, uma vez que atendia aos Conselhos Penitenciários e recebiam anualmente pela laboração (SANTOS, J.; SANTOS, I., 2014).

Em outras palavras, as irmãs da Congregação do Bom Pastor tinham como finalidade educar religiosamente as mulheres detidas, resgatando-se seu pudor e moral, dessa forma, seriam capazes de desempenhar o papel de uma boa mulher perante a sociedade.

Em 1955, o Sistema Penitenciário Feminino volta a ser administrado sobre o controle da Penitenciária Central, com a declaração de que as Irmãs do Bom Pastor não tiveram domínio sobre a indisciplina agressiva das internas, além de serem leigas sobre questões penitenciárias e administrativas, fundamentais para poder administrar 2.200 mulheres que se encontravam presas em um presídio que fora programado para comportar 120 mulheres. Em 1966, a Penitenciária Feminina conquistou sua independência administrativa e obteve o nome de Instituto Penal Talavera Bruce (OLIVEIRA, 2008, p. 27).

Em 1988, com a promulgação da Constituição foram incluídos direitos fundamentais para a mulher encarcerada, conforme preleciona o inciso XLIX garante que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988). Nota-se que esse direito é fundamental e garantido, tornando-se inviolável. Ademais, a Carta Magna assegura também direitos para as mulheres gestantes, conforme preconiza o inciso L, do art.5º, em que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988). À vista disso, ao examinar o passado, é possível observar que houve um grande avanço nos direitos da mulher presa.

Outrossim, a Lei n. 7.210/1984, que estabelece a Lei de Execução Penal, designa um rol de direitos das mulheres presas. Destacam-se alguns direitos previstos na LEP, como o art. 82, §2º, em que as mulheres devem ter berçários no qual possam cuidar dos filhos e amamentá-los até seis meses de vida (BRASIL, 1984).

Por sua vez, o art. 89 da LEP declara que “a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses

e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa” (BRASIL, 1984).

Ademais, em 2018, foi incluído o parágrafo 3º pela LC n. 13.769 no art. 112 da LEP, o qual assegura à mulher presa gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas deficientes, o direito de progressão de regime, contudo, que se encaixe cumulativamente com os requisitos exigidos.

No que tange às estatísticas de mulheres encarceradas, a Informação Penitenciária (INFOPEN) noticia que o Brasil ocupa a quarta posição mundial de população carcerária feminina, totalizando 42 mil mulheres encarceradas, ficando atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia (INFOPEN, 2017, p. 13).

Diante desse cenário, importante se faz analisar a dignidade da pessoa humana, com ênfase para a mulher que se encontra encarcerada.

3.DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Primeiramente, antes de discorrer acerca o tema em questão, é necessário apresentar o conceito sobre a Dignidade da Pessoa Humana. Destaca-se que esse assunto é bastante debatido entre os doutrinadores, com muitas pesquisas a respeito por ser amplo, portanto, encontra-se ainda em processo de construção. Isso posto, alguns estudiosos apresentaram algumas conceituações acerca do tema.

Alexandre de Moraes (2003, p. 41) conceitua que

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

No ponto de vista de Bonavides, Miranda e Angra (2009), existe uma amplitude e complexidade sobre o conceito da dignidade da pessoa humana, visto que, para compreender sobre esse princípio fundamental, é necessário ressaltar alguns conceitos anteriores de cidadania e república. Diante disso, os autores conceituam que a dignidade da pessoa humana “é conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas. Cada pessoa pode [...] exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente [...] ambiente de respeito e efetividade dos direitos individuais [...]” (BONAVIDES; MIRANDA; ANGRA, 2009, p. 21).

Observa-se que esse conceito engloba várias condições para um bem comum, dando ao homem a liberdade e o tornando merecedor de respeito e proteção.

Em 1988, após passar pela ditadura militar, a população brasileira ansiava por uma sociedade livre e democrática, em que todos pudessem ter seus direitos e garantias fundamentais. Diante disso, fora promulgada no dia 5 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Constituição Cidadã.

Por conseguinte, a Constituição Brasileira percorreu os mesmos caminhos das Constituições portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978, instituindo em seu artigo 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana”, dentre outros fundamentos expressos (MENDES, 2013).

É possível identificar o princípio da dignidade da pessoa humana em outros capítulos da Constituição Federal de 1988, por exemplo, quando designou em seu art. 170, *caput*, que a ordem econômica tem por objetivo garantir a todos uma vida digna, bem como instituiu no art. 226, §6º o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, além de garantir à criança e ao adolescente o direito à dignidade da pessoa humana no art. 227, *caput* (SARLET, 2011).

Nota-se que, que a Constituição de 1988 trouxe um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de garantir e proteger os direitos individuais, a personalidade, direitos sociais, a igualdade, a liberdade, etc. Ademais, a partir do momento que o Brasil passou a ser um Estado Democrático de Direito e tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal, passou a olhar o indivíduo com respeito e reconhecimento, visto que anteriormente o indivíduo era visto como um objeto, um ser sem valor. Isto posto, a dignidade da pessoa humana não pode ser diminuída, com consequência de enfraquecer o regime democrático.

Vale destacar que, embora a dignidade da pessoa humana veio com intenções benévolas, é considerada por muitos como um princípio com pouca funcionalidade ou até mesmo inútil, tendo em vista que, muitos indivíduos ainda são vítimas da falta de segurança, da assistência médica, bem como indivíduos são torturados e submetidos a prisões indignas. Em vista disso, a dignidade da pessoa humana existe na teoria, contudo, em certas situações é ausente na prática.

No que concerne ao princípio da dignidade humana na esfera penal, a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental deverá ser compreendida como norma superior, base para criação de normas inferiores, assim como para fiscalizar a sua validade. Desse modo, por exemplo, “o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, [...] proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza afliativa [...]” (GRECO, 2011, p. 71).

Verifica-se que, embora seja um princípio irrefutável, em que o Estado tem como papel de garantidor, em certos cenários, este é o protagonista de algumas violações. É evidente o desrespeito de direitos fundamentais no âmbito penal, principalmente com questões internas nos estabelecimentos prisionais, tais como as estruturas, a falta de higiene pessoal para mulheres e o atendimento médico, além de tantos outros.

Em consequência, a Carta Magna dispõe preceitos penais fundamentais, que operam como medidas internas ao Estado, tendo como guia a dignidade da pessoa humana.

Ademais, esse princípio também deve ser aplicado, por conseguinte, às mulheres encarceradas, sobre o que se discutirá na subseção seguinte.

3.1 OS DIREITOS E GARANTIAS DA MULHER ENCARCERADA

É essencial conhecer os direitos dados pela legislação brasileira à mulher presa, visto que, independentemente de sexo, raça, classe social, orientação sexual etc., todos devem receber tratamento digno e ter seus direitos garantidos. Diante disso, esta subseção abordará os direitos previstos na Constituição e nas leis infraconstitucionais.

Com relação a integridade tanto física quanto moral, a Constituição Federal estabelece expressamente em seu art. 5º, inciso XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Ademais, o inciso III do mesmo artigo veda qualquer prática de “tortura [...] tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988).

Há várias notícias que abordam sobre o tratamento das reeducandas nas unidades prisionais brasileiras, no qual são submetidas a tratamentos desumanos, tendo que conviver em lugares insalubres, muitas celas não têm repetições, no qual presos tem contato com fazes, cheiros degradantes.

Cumpram ressaltar que, tempos atrás, era comum a prática de algemar as mulheres presas durante o parto, violando em si o direito à integridade física, todavia, a Lei n. 13.434/2017 alterou o art. 292 do Código de Processo Penal, incluindo o parágrafo único, o qual dispõe que “é vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato” (BRASIL, 2017).

Nota-se que antes da publicação da lei, as detentas eram tratadas de forma humilhante, visto que o parto é um momento especial na vida da mulher, como também da criança, onde tem o seu primeiro contato com a mãe. Percebe-se que esse tipo de ato viola de todas as formas a dignidade da pessoa humana da mulher presa.

No que diz respeito à igualdade, a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso I, estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Dessa forma, homens e mulheres devem ter o mesmo tratamento dentro do sistema prisional.

Convém ressaltar que a maioria das penitenciárias foram projetadas e executadas para atender a homens, diante disso, o Estado deve oferecer à mulher encarcerada um tratamento digno e diferenciado para atender suas particularidades.

A Lei nº 7.210/1984, no qual institui a Lei de Execução Penal, apresenta um rol de direitos para a população encarcerada, conforme preleciona o art. 10, assegurando “o direito à assistência, material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa” (BRASIL, 1984).

Sobre o direito à assistência material, a LEP, em seu art. 12, garante “[...] fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (BRASIL, 1984).

Cumprir ressaltar que esse direito não é absolutamente respeitado, visto que muitas detentas carecem de kits de higiene pessoal e íntima, tendo de providenciar formas alternativas para atender suas necessidades.

Sobre o direito à assistência educacional, é garantindo à presa educação escolar e a formação profissional, ademais, o art. 19, parágrafo único da LEP estabelece que “a mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição” (BRASIL, 1984).

No tocante à saúde, o art. 196 da CRFB/1988 garante que:

Art.196. A saúde de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas públicas, sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

No âmbito penal, o direito à saúde também está garantido, conforme determina o art. 14 da Lei de Execução Penal: “a assistência à saúde do preso e internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984).

Cumprir destacar, que a mulher necessita de um acompanhamento psicológico, visto que a saúde mental também é essencial, tendo em vista que muitas mulheres ao decorrer do cumprimento da pena passam por momentos de solidão, resultando ao quadro de depressão, ansiedade, etc.

Em relação à mulher presa gestante, esta tem o direito à saúde, como é previsto no §3º, do art. 14 da LEP: “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido” (BRASIL, 1984).

Observa-se que é um direito indispensável da mulher presa gestante e igualmente para o feto e o recém-nascido, uma vez que a gestante necessita de acompanhamento médico para que a criança nasça com saúde, bem como a mãe possa estar saudável para amamentá-lo.

Vale enfatizar que, muitas detentas evitam ir nas consultas médicas, em decorrência do preconceito que recebem, e da falta de tratamento digno

Ainda sobre o direito da mulher presa gestante e parturiente, é assegurado alojamento que venha atender suas condições, segundo estabelece o art. 89 da Lei n. 7.210/2084, que garante:

Art. 89- Além dos requisitos referidos no art.88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestantes e parturientes e de creches para abrigar crianças de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa (BRASIL, 1984).

É de suma importância que o recém-nascido tenha a companhia da mãe, assim como, é indispensável que a criança permaneça em um lugar adequando que condiz com sua necessidade. Visto que o ambiente nos estabelecimentos prisionais feminino em si já gera certo desconforto.

A respeito das presas lactantes, é direito fundamental de manter-se com seus filhos durante a fase de amamentação, em conformidade com o art. 5º, inciso L, da Constituição Federal de 1988, em que “às presidiárias serão asseguradas condições que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988).

Em relação ao estabelecimento penal, a Constituição Federal de 1988 garante à mulher encarcerada o direito de cumprir sua pena em estabelecimento diverso do homem, conforme preleciona o inciso XLVIII: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988).

Além disso, para as mulheres presas com idade maior de 60 (sessenta) anos é assegurado a cumprirem suas penas de forma separada das demais presas, bem como em estabelecimentos exclusivos que atendam suas condições pessoais, conforme preleciona o art. 83, §1º da LEP.

Em 2018, foi publicada a Lei n. 13.769/2018, que incluiu o §3º no art. 112 da Lei de Execução Penal, assegurando a progressão para regime menos gravoso para a mulher presa que se enquadre no seguinte rol:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...]

§ 3º - No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa (BRASIL, 1984).

Nota-se que as mulheres encarceradas são asseguradas por direitos elencados na CRFB/1988 e na Lei n. 17. 210/1984 (LEP), todavia, esses direitos não são respeitados de

forma adequada e cumpridos. Diante disso, a próxima seção abordará sobre as dificuldades enfrentadas pela mulher encarcerada no estado do Tocantins.

4.DIFICULDADES ENFRENTADAS PELA MULHER ENCARCERADA NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO DO TOCANTINS

Até o ano 2020, o estado do Tocantins contém 6 (seis) unidades prisionais femininas, sendo elas: Unidade Prisional Feminina de Palmas regime fechado; Unidade Prisional de Regime Semiaberto de Palmas; Unidade Prisional de Lajeado regime fechado; Unidade Prisional de Pedro Afonso regime fechado; Unidade Prisional da Talismã regime fechado e Unidade Prisional de Babaçulândia regime fechado. No momento, a Unidade Prisional de Regime Semiaberto (URSA) está fechada, em razão à pandemia de Covid-19, as mulheres em regime semiaberto cumprem as penas em regime domiciliar, com tornozeleira.

No que tange às dificuldades enfrentadas pela mulher encarcerada no Tocantins, realidade não diferente dos outros Estados brasileiros, há uma série de violações de direitos que poderia ser apresentada, contudo, o presente artigo abordará três grandes dificuldades: condições de higiene e de saúde da mulher encarcerada e estrutura física dos presídios.

4.1 CONDIÇÕES DE HIGIENE E SAÚDE DA MULHER ENCARCERADA

A Lei nº 7.210/1984 em seu art. 10, estabelece que o Estado tem o encargo de proporcionar assistência aos presos. Diante disso, o artigo 12 da LEP define que “a assistência material ao preso consistirá no fornecimento alimentação, vestuário e instalações de higiene” (BRASIL, 1984). Outrossim, o artigo 13 da LEP assegura que “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendem aos presos nas suas necessidades pessoais [...]” (BRASIL, 1984).

Embora esses direitos estejam expressamente previstos, a realidade no sistema prisional feminino é totalmente divergente. É evidente que a mulher tem suas necessidades intrínsecas, como, por exemplo, a menstruação, pois todo mês a maioria das mulheres passa pelo período menstrual e, diante disso, é necessário o uso do absorvente. Entretanto o Estado não fornece quantia suficiente de produtos básicos de higiene, como papel higiênico, absorventes, escova de dente, creme dental etc.

Para exemplificar, o Estado oferece por mês apenas dois papeis higiênicos para cada detenta, e isso não é suficiente para a mulher, tendo em vista que usa para duas necessidades diversas, e são entregues um pacote de absorvente contendo oito unidades. Sabe-se que cada mulher tem seu ciclo menstrual diferente das outras, isto é, se o período menstrual da mulher for quatro dias, terá que utilizar dois absorventes ao dia, e, se for superior a quatro dias, as unidades não serão suficientes para atendê-la (QUEIROZ, 2015).

Essa dificuldade é vivenciada pelas mulheres encarceradas nas unidades prisionais femininas no estado do Tocantins. Inclusive a falta de quantidade suficiente de produtos de higiene dentro da Unidade Prisional Feminina de Palmas foi matéria de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual, conforme consta:

[...] Com efeito, sequer são entregues kits de higiene pessoal em quantidade suficiente para atender as necessidades básicas de todas as Reeducandas, sendo fato público e notório que, frequentemente, organizações da sociedade civil realizam campanhas para arrecadar produtos dessa espécie para doar às presas da UPFP (TJTO, processo n. 0015401-12.2019.827.2729).

Segundo destacado pelo MPE/TO, a população tem tido empatia pelos problemas das detentas, dado que são comuns campanhas levantadas pelo meio acadêmico, bem como ações sociais movidas pelo Conselho Penitenciário do Estado, ou mesmo pela Associação Brasileira de Advogados Criminalistas – ABRACRIM/TO, que visam a arrecadar produtos de higiene para as detentas das unidades tocantinense.

Observa-se que é função do Estado promover políticas públicas adequadas para fornecer assistência material aos presídios, visto que é um direito garantido pela LEP.

Em relação à condição de saúde, embora a Lei de Execução Penal assegure o direito assistência à saúde, conforme determina o art. 14, as unidades prisionais femininas tocantinenses carecem da atenção do Estado, pois passam por dificuldades, como, por exemplo, “a falta de assistência médica [...] inexistindo a realização de exames periódicos como [...] o exame de prevenção de câncer de colo de útero [...]” (SILVA, 2020, p. 16).

Constata-se que são condições básicas que toda mulher necessita ter, tendo em vista que exames ginecológicos, exame de mamografia, etc., são indispensáveis para a saúde feminina, assim como também, necessita de acompanhamento com psicólogos, para manter sua saúde mental equilibrada.

Cumprе ressaltar que mesmo que a detenta possua prescrição médica para obter o fornecimento de material, como medicamentos, estes não são providos pelo Estado, havendo escassez de medicamentos até para dores de cabeça e cólica (SILVA, 2020). Novamente ações têm de ser realizadas pela sociedade para fornecer medicamentos, ou a própria família tem de providenciar.

Insta salientar que a insuficiência de condições dignas de higiene e saúde nas unidades prisionais femininas vão de encontro ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto que, esse valor é:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito [...] por parte do Estado, implicando [...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [...] (SARLET, 2001, p. 60).

Perante o exposto, observa-se que há desconsideração do Estado diante das necessidades higiênicas e de saúde da mulher encarcerada, tendo de passar por situações degradantes. Além desse fator, as encarceradas são mantidas em espaços inadequados, no qual será exposto na subseção subsequente.

4.2 ESTRUTURA FÍSICA DOS PRESÍDIOS

Conforme abordado na primeira seção, os estabelecimentos prisionais foram pensados e executados para atender o sexo masculino, e há muito tempo a mulher vem sofrendo com essa ‘igualdade’ em relação às estruturas físicas. Destaca-se que as unidades penitenciárias femininas no Tocantins eram masculinas e foram transformadas em femininas e não passaram por nenhuma modificação significativa para atender a esse público.

No Estado, “cinco unidades prisionais femininas [...] são prisões adaptadas ou herdadas do sistema masculino, tais como casas alugadas, unidades de socioeducativo desativadas e cadeias públicas adaptadas [...]” (SILVA, 2020, p. 10). Assim como a maioria dos estabelecimentos prisionais femininos brasileiros, não há alojamento para comportar gestantes, parturientes e lactantes, bem como para atender os recém-nascidos. Também não existe uma ala especial para receber os visitantes, visto que muitas mulheres recebem visitas de seus filhos pequenos e não há sala de brinquedoteca ou sala de leitura infantil para recebê-los.

Segundo Silva (2020), em 2018, o estado do Tocantins recebeu equipamentos doados pelo Departamento Penitenciário Nacional com a finalidade de formação de brinquedoteca nas unidades para serem usufruídas pelas crianças nos dias de visita e sala de amamentação, todavia os equipamentos nunca foram montados. O Estado justifica o fato com a falta de espaço adequado para essas finalidades.

Cumprе mencionar que “nas unidades de Palmas e Lajeado do Tocantins não há espaços disponíveis para instalação e o material segue guardado no almoxarifado das respectivas unidades, aguardando uma reforma, da qual ainda não se tem previsão” (SILVA, 2020, p. 11).

É visível a falta de organização e comprometimento por parte do Estado, proporcionando descaso e desumanidade nas unidades prisionais femininas. Sendo que poderia executar obras de ampliação nas unidades, para garantir um espaço adequado e a instalação desses equipamentos doados. Enquanto não são colocadas em prática as crianças e as lactantes tentam se acomodar em lugares impróprios.

A estrutura da unidade de regime fechado de Palmas é a maior entre as demais unidades, ademais, não ocorreu nenhuma modificação para atender as detentas. Além disso, a unidade foi destinada para comportar somente 24 mulheres, contudo ultrapassa o indicado, sendo abrigadas de 50 a 70 detentas entre provisórias e sentenciadas (SILVA, 2020).

Por conseguinte, diante das dificuldades apresentadas nas subseções, é evidente a desumanidade encontrada nas unidades prisionais femininas. Visto que as mulheres não são totalmente amparadas em suas necessidades relacionadas ao seu gênero, de modo que se mantém com poucas quantidades nos kits de higiene fornecido pelo Estado e com a falta de medicamentos. Por outro lado, como foi apresentado nesta seção, as mulheres encarceradas são submetidas a lugares inadequados, ambientes que não foram pensados para o sexo feminino.

E a situação se perpetua. Está previsto que, em 2021, a cadeia pública masculina de Miranorte se tornará feminina.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, podemos observar que desde os primórdios as mulheres presas enfrentam dificuldades para cumprirem suas penas de forma digna. Embora tenham alcançado direitos no decorrer dos anos, como foi apresentado no estudo, esses direitos não são respeitados de forma mínima ou suficientes, sendo frequentemente violados, ademais, sempre há uma falha ou ineficiência por parte do Estado.

Ao analisar essas dificuldades apresentadas sob a ótica da dignidade humana, foram detectadas diversas violações a esse princípio, tais como: direito à saúde, direito à assistência material e ao direito de cumprir sua pena em um lugar adequado. Cumpre destacar que ao adentrar no sistema prisional, seja feminino ou masculino, não perde a dignidade, uma vez que esse valor é intrínseco à pessoa humana.

É evidente a falta de eficiência do Estado do Tocantins em proporcionar às reeducandas o mínimo de dignidade. Dessa forma, para mudar essa realidade, é necessário que o Estado planeje e execute reformas nas unidades prisionais femininas tocantinenses, pensando nas necessidades e individualidades da mulher. Além do mais, é fundamental que o Estado venha promover a ampliação nas unidades, bem como a instalação dos equipamentos doados pelo Departamento Penitenciário Nacional, para garantir as crianças uma imagem menos aterrorizante da prisão.

Outrossim, é fundamental que o Estado crie formas de distribuição de kits de higiene, medicamentos etc., com quantias que venham a atender todas as mulheres. Do mesmo modo, na assistência à saúde, é necessário que o Estado do Tocantins, possa promover exames clínicos às detentas, priorizado também à saúde mental da presa.

Destaca-se, ainda, que a realidade das unidades prisionais femininas no estado do Tocantins precisa ser conhecida e debatida, visto que este cenário apresentado demonstra o desacato aos direitos humanos. Diante disso, deve-se urgentemente mudar este quadro, ou nossas mulheres encarceradas continuarão a ser tratadas de maneira indigna e desumana.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 2009. Grupo GEN, 2009. 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

BRASIL. **Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017**. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério

imediatamente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm. Acesso em: 9 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 9 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, 2º Edição. Organização, Thandara Santos. Colaboração Marlene Inês da Rosa [et.al.]. Brasília. 2017. Disponível em: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Em defesa delas: a invisibilidade e violação dos direitos das mulheres encarceradas**. 2019. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/34241>. Acesso em: 4 out. 2020.

GREGO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à proteção de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/915>. Acesso em: 18 ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Erika Patricia Teixeira de. **Mulheres em conflito com a lei: representações sociais, identidades de gênero e letramento**. 145f. 2008. Dissertação de Mestrado (Letras) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2008.

OLIVEIRA, Isadora Loíse Mota. **Os direitos do preso à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34570/os-direitos-do-pres-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 3 jun. 2020.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Virtual Books, 2015. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2repositorio/File/centrocultural/Presos%20Que%20Menstruam%20-%20Nana%20Queiroz.pdf>. Acesso em: 2 out. 2020.

SANTOS, Jahyra Helena P. dos; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. Prisões: um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil. In: WOLKMER, A. C.; FONSECA, R. M.; SIQUEIRA, G. S. (Org.). **História do direito**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2014. p. 387-401. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Rev. De Dir. Administrativo, n. 212, abr./jun. de 1998.

SILVA, Jéssica Cavalcanti de Santana e. **Cárcere Feminino: A invisibilidade das questões de gênero nas unidades prisionais femininas do Estado do Tocantins**. 2017. Disponível em: www.repositorio.ufop.br. Acesso em: 18 ago. 2020.

HERANÇA DIGITAL: VALOR PATRIMONIAL E A SUCESSÃO DOS BENS ARMAZENADOS VIRTUALMENTE

ANA CLEIDE DE SOUSA SILVA: Discente do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo – Palmas/TO.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(Orientador)

RESUMO: Uma das ciências que mais sofre mudanças é o direito, isso porque as leis decorrem dos fatos sociais, na tentativa de englobar todas as relações jurídicas contraídas no convívio social. O direito sucessório segue esta mesma premissa, haja vista que, nas últimas décadas, o uso da internet alterou as relações da população atual e notadamente incluiu novas modalidades de bens passíveis de serem herdados. Em vista disso, a herança digital já é presente na realidade mundial, conquanto, precisa ser difundida e abordada pelo Legislador Pátrio. Posto isto, o presente artigo tem como objetivo precípuo, analisar sob a óptica jurídica o reflexo destes bens no direito sucessório de bens armazenados virtualmente. Na medida em que, é um tema recente e raramente abordado em pesquisas científicas, razão pela qual não há a pretensão de esgotá-lo.

Palavras Chaves: Bens armazenados virtualmente; Direito Sucessório; Herança digital; Internet.

ABSTRACT: Law is one of the sciences that undergoes the most changes, because the laws stem from social facts, in an attempt to encompass all the legal relationships contracted in social life. Inheritance law follows this same premise, given that, in the last decades, the use of the internet has promoted several changes in interpersonal relationships, and notably included new types of assets that could be inherited. In view of this, digital inheritance is already a reality, although it needs to be disseminated and addressed by the National Legislator. That said, the present article has as its primary objective, to analyze the legal consequences related to the right of succession of goods stored in a virtual environment. To the extent that, it is a recent topic and rarely addressed in scientific research, which is why there is no intention to exhaust it.

Keywords: Goods stored virtually; Succession Law; Digital inheritance; Internet.

INTRODUÇÃO

Com a modernidade surgiram diversas descobertas, principalmente no que atine ao mundo virtual, inovações e descobertas tecnológicas que alteram radicalmente as formas de interação social na última década.

Foi justamente através desta revolução/inovação social que computadores e celulares, a internet, e notadamente surgiu a difusão de redes sociais, criadores de conteúdos digitais, o compartilhamento de dados e armazenamento de arquivos em nuvem. Conquanto,

em que pese às inúmeras atualizações legais, estas não conseguiram abarcar toda evolução causada pela tecnologia.

Esta inovação mundial passou a ter uma valorização de cunho patrimonial também, haja vista que modificou a forma de bens adquiridos pelos desenvolvedores desse tipo de produto. É dizer, foi um fato que de certa forma, desafiou o direito civil, haja vista que este, não regula de forma específica sobre o tema, principalmente no que atine ao direito de herdar estes bens.

Não é demais dizer, que, por vezes existem verdadeiros tesouros que se encontram no meio virtual, mas que carecem de uma programação normativa para tratar do futuro desses bens, que muitas vezes ficam perdidos e abandonados, uma vez que, nem mesmo os familiares tem conhecimento de sua existência, arquivos estes, que ficam armazenados em nuvem, blogs, páginas de relacionamento, como, por exemplo, direitos sobre escritos, livros, músicas, fotos, ilustrações, poesias, trabalhos escolares, empresas, entre outros documentos pessoais que possam ter valor agregado.

A pesquisa está organizado em três capítulos. Primeiramente, será feita uma abordagem prefacial do Direito das Sucessões, buscando conceituar os institutos que envolvem e desenvolve do tema apresentado. O segundo capítulo destacará a discussão acerca da existência, espécies e particularidades da propriedade virtual, e, ainda, serão apresentados os caminhos legais para atingir a última vontade do falecido. E, por fim, o capítulo terceiro trará uma abordagem genérica da legislação brasileira acerca da herança de cunho virtual.

1. HERANÇA

É comum nos depararmos com diversos estudos que tentam definir limitadamente determinado instituto, conquanto, com as devidas vênias, como muito bem assinala Santana (2010, p. 67), “definir encerra limites e lembra a moldura kelseniana que serve de alegoria ao sistema orgânico das normas”.

Nesse sentido, o que se busca é contribuir de forma positiva para o mundo jurídico. Haja vista não se pretende resgotar o debate quanto ao tema aqui exposto, mas sim contribuir para o que já existe, busca-se uma conceituação quanto ao que venha a ser o Direito das Sucessões.

Assim, tem-se que, é o estudo da sucessão de bens e direitos de um indivíduo após seu falecimento, em que os herdeiros assumem por força de lei ou testamento o lugar do falecido. Na prática, os herdeiros tomam o lugar da pessoa falecida, passando a exercer a posição jurídica desta no mundo civil, de maneira a garantir, se interesse houver a continuidade das relações jurídicas estabelecidas pelo falecido quando ainda vivo. A noção de patrimônio, portanto, engloba tanto o ativo quanto o passivo do *de cujus*.

Nesse diapasão, a definição majoritária de sucessão é, o ato pelo qual designa uma pessoa a assumir o lugar de outra, sendo sua substituta na titularidade e propriedade de determinados bens. Com isto, o direito sucessório, objetivando especificamente a alteração da titularidade de um determinado patrimônio de uma pessoa para outra em decorrência da morte, trata-se aqui da sucessão causa mortis.

Pelos ensinamentos de Clóvis Beviláqua é: “o Direito das Sucessões é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir” (BEVILÁQUA apud DAIBERT, 1981, p. 1).

Nas palavras do saudoso Pontes de Miranda (1984, v. 56, p. 4), “o Direito das Sucessões compreende as regras sobre a vocação hereditária, o testamento, o regime jurídico da indivisão sucessória, e a maneira de inventariar e partilhar”.

Para Venosa (2013, v. 7, p. 4), “o direito das sucessões disciplina [...] a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores”.

Consoante Francisco Cahali (2012 apud TARTUCE, 2014, v. 6, p. 21):

O Direito das Sucessões, como ramo do Direito Civil, trata exclusivamente da sucessão decorrente do falecimento da pessoa. Emprega-se o vocábulo sucessão em sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se, o sucessor, sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam. Também chamada de direito hereditário, apresenta-se como o conjunto de regras e complexo de princípios jurídicos pertencentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores.

Na lição de Dias (2013, p. 33), esse campo jurídico “trata da transmissão de bens, direitos e obrigações, em razão da morte de uma pessoa, aos seus herdeiros, que, de um modo geral, são seus familiares”. Segundo a autora, os dois elementos basilares das normas de sucessão são o familiar, definido em virtude do parentesco, e o elemento individual, evidenciado pela liberdade de testar ou não.

No que atine aos fundamentos do Direito Sucessório, ou seja, a razão pela qual é autorizado que alguém previsto em lei, ou por meio da intenção desejada pelo testador, receba para si o acervo de direitos e obrigações que até então a este pertencia, subrogando-se, nos mesmos direitos e garantias do falecido.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX, assegura o direito de herança e o Código Civil disciplina o direito das sucessões em quatro títulos. Senão 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; A herança, também denominada espólio ou monte, é o patrimônio deixado pelo de cujus, que será transmitido aos seus herdeiros – legítimos ou testamentários

– e legatários, sendo considerada um imóvel e obedecendo a todas as normas peculiares desses bens.

Na mesma ordem de ideias, preleciona o artigo 80, inciso II do Código Civil.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II – o direito à sucessão aberta.

O cerne da pesquisa está justamente no fato de que, o Código Civil não disciplina a herança digital no título correspondente na legislação, o que prejudica a uniformização de jurisprudência, haja vista que os tribunais julgam os casos concretos não esposam o mesmo entendimento sobre a matéria. Por este motivo, o testamento é menos burocrático ao reconhecimento de bens virtuais como pertencentes ao quinhão dos herdeiros, a transmissão dos bens virtuais é mais simples, visto que nele constará a posição do falecido, quanto à destinação de seu bem. No mais, quando estes bens estão assegurados em testamento, há a obrigação de transferi-los aos herdeiros, decorrente da garantia

De saída, não é demasiado recordar que, com a morte do titular dos bens, ou seja, os direitos sobre os bens do falecido, é transferido imediatamente aos herdeiros a herança, passando esta a integrar o patrimônio do herdeiro. Assim, até mesmo pelo princípio da saisine, a transmissão dos bens ocorre no momento da abertura da sucessão, mesmo que o herdeiro não tenha ciência da morte do autor da herança, e não com a abertura do inventário ou partilha.

Pelo extraído dos autores supramencionados, é possível compreender, que a herança é uma universalidade de bens, direitos e obrigações. E ainda, é imperioso mencionar ainda, que, não possui personalidade jurídica própria, daí não ser uma pessoa jurídica, posto que todas as incumbências sejam transferidas imediatamente aos herdeiros legítimos ou testamentários, conforme última disposição de vontade.

2.ASPECTOS GERAIS DA PROPRIEDADE VIRTUAL

O conceito de bens para a legislação vigente, não se encontra divergência, haja vista que o próprio legislador se incumbem de conceituá-lo.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

A Parte Geral do Código Civil trata das pessoas, naturais e jurídicas, como sujeitos de direito; dos bens, como objeto das relações jurídicas que se formam entre os referidos sujeitos; e dos fatos jurídicos, disciplinando a forma de criar, modificar e extinguir direitos, tornando possível a aplicação da Parte Especial. Em sentido amplo esse objeto pode consistir em coisas (nas relações reais), em ações humanas (nas relações obrigacionais) e também em certos atributos da personalidade, como o direito à imagem, bem como em

determinados direitos, como o usufruto de crédito, a cessão de crédito, o poder familiar, a tutela etc. (GONÇALVES. 2017 p.340).

Nessa esteira, denota que, pairam óbice para enquadrar alguns tipos de arquivos virtuais (filmes, blogs, páginas na internet, músicas, livros etc.) como patrimônio, por advir de relações jurídicas com valor econômico.

Assim, tudo o que é possível comprar pela internet ou guardar em um espaço virtual, pode ser compreendido como bens. Os ativos digitais podem ser bens guardados tanto no aparelho do usuário da rede, até mesmo através da internet em servidores com este propósito.

Na atualidade, o armazenamento virtual vem sendo uma prática habitual, haja vista os impactos causados em razão da difusão mundial da rede global de redes. O que acarretou a utilização em massa dos seguintes serviços: mensagens de e-mail, filmes, músicas, livros, blogs, perfis em redes sociais. Estas informações são criptografadas e acessadas através de uma senha pessoal onde, somente o proprietário tenha permissão para ver, modificar ou compartilhar as informações ali lançadas.

Antes de investigar o conceito de propriedade virtual com mais profundidade, será útil mencionar brevemente duas questões que são excepcionalmente importantes para a compreensão da propriedade virtual. A primeira questão tem a ver com a origem do conceito de propriedade virtual, e a segunda questão tem a ver com a importância da propriedade virtual como um novo objeto do direito de propriedade.

A propriedade virtual se origina e pode ser encontrada dentro de mundos virtuais. Essa afirmação leva à questão da definição de um mundo virtual. Em linguagem simples e cotidiana, pode-se definir um mundo virtual como um mundo não físico alternativo, em contraste com o mundo físico real em que vivemos.

Mundos virtuais são ambientes persistentes moderados por computador, através dos quais vários indivíduos podem interagir simultaneamente. Para entender a definição, ela será decomposta em seus elementos básicos e discutida a seguir. Deve-se notar que alguns desses elementos ou essenciais têm correlações com os requisitos de propriedade virtual que será discutido posteriormente neste artigo (BLAZER, 2006).

O primeiro requisito é que o mundo virtual seja moderado por computador. Um ambiente moderado por computador significa que um computador controla tudo sobre o ambiente virtual. Normalmente, isso é feito por meio do programa ou do código programado.

Então, o que isso significa em termos de propriedade virtual? Isso significa que todos os aspectos do jogo relacionados à propriedade virtual são gerenciados automaticamente pelo computador, sem a necessidade de pessoas reais terem qualquer tipo de envolvimento pessoal no funcionamento do mundo virtual. É preciso lembrar também que os computadores que gerenciam esses mundos virtuais não são os mesmos que um desktop local ou laptop em casa. Esses computadores são normalmente organizados em uma grande matriz ou ligados uns aos outros (CHEIN, 2006).

O próximo requisito é que o mundo virtual seja persistente. Nesse sentido, persistência significa que o mundo virtual deve existir continuamente e sem interrupções; especificamente no que diz respeito à eletricidade e conectividade de rede. É essencial que o mundo virtual esteja sempre disponível para o jogador interagir. Assim que um mundo virtual se torna inativo ou é desligado, ele se torna apenas um teórico mundo que realmente não existe, ao invés de um virtual. Este requisito de persistência é uma das principais razões pelas quais os mundos virtuais são tão viciantes, porque, de um jogador / usuário. Do ponto de vista, significaria que ele está perdendo coisas que acontecem no mundo virtual quando ele não está logado e participa dele (HOROWITZ, 2006).

O próximo requisito está relacionado ao ambiente do mundo virtual. Em circunstâncias normais, um ambiente de mundo virtual seria representativo do próprio mundo real de alguém, ou pelo menos seria familiar e reconhecível para alguém de uma forma ou de outra. Isso é para que o mundo e seu ambiente sejam emissivos e persuasivos para o jogador. Em um mundo virtual moderno, o ambiente geralmente é representado como sendo de natureza tridimensional, e geralmente é possível navegar pelo mundo virtual de uma perspectiva de primeira ou terceira pessoa.

3. ASPECTOS LEGAIS DA HERANÇA VIRTUAL NO BRASIL

O conjunto de bens adquiridos pelo falecido em vida, seja qual for sua espécie, deverão fazer parte do espólio, eis que, notadamente enquadram no conceito mais básico de patrimônio, conforme preconiza a lei.

Os bens de cunho digital não são diferentes, haja vista que, é cognoscível auferir o valor econômico desses bens, principalmente se eles forem objeto de testamento. Assim, o patrimônio digital deixado pelo falecido pode representar um valor econômico expressivo, que inclusive, poderá interferir na legítima reservada aos herdeiros necessários, isto é, pode comprometer a quota disponível do limite de testar, isto acarretaria a anulação do testamento, para que garantisse o direito de herdar, dos herdeiros necessários, conforme preconiza a legislação vigente.

Não é outro, o entendimento esposado por Costa Filho (2016) que:

Diante da ausência de qualquer disposição que trate especificamente dos bens armazenados virtualmente no Código Civil, a transmissão desses bens através de herança decorre de interpretação extensiva e sistemática. Assim, como acontece com bens tangíveis e demais formas incontroversas de patrimônio, os direitos sobre bens armazenados virtualmente advindos da sucessão ficam, em regra, com os familiares mais próximos do falecido (...) segundo ordem prevista pelo Código, ou com os legatários através de testamento (COSTA FILHO, 2016, p.35).

Nesse diapasão, sendo o *de cuius* dono famoso blog de internet, por exemplo, acaso este endereço virtual, permaneça gerando lucros mesmo após o falecimento, estes valores

podem representar mais da metade de todo o patrimônio deixado, ficando os herdeiros necessários prejudicados em seu direito à legítima.

Nesse mesmo sentido, pode ocorrer que, ainda que o acervo digital não seja citado em testamento, deve sim fazer parte dos bens colacionados no momento da abertura da sucessão, haja vista que a depender do patrimônio e do tipo de bem virtual deixado, estes bens virtuais poderão ser de valores expressivos para o quinhão de cada herdeiro necessário.

Ambos os meios são válidos para levantamento de bens do falecido, de modo que aos herdeiros de bens em acervo digital do falecido, assim nos ensina Lima (2013, p.32) são:

A primeira, em relação aos arquivos suscetíveis de apreciação econômica. Estes comporão a herança, gerando direitos hereditários; a segunda, em relação aos arquivos insuscetíveis de valoração econômica prevalece a vontade do *de cuius*: se inexistir expressão de vontade, não poderão os herdeiros pleitear a posse dos arquivos pessoais, mas poderão solicitar a retirada de material publicado ostensivamente; existindo declaração de vontade (expressa ou tácita), respeitar-se-á a manifestação.

No ponto, é preciso chamar atenção ao fato de que, existem, dificuldades para atestar se determinados bens possuem ou não valor econômico, e ainda, inúmeros questionamentos acerca da titularidade de direitos autorais. Em alguns casos, um arquivo digital, tais como: músicas, fotos, livros digitais, por exemplo, pode não ter valor econômico auferido imediatamente, mas num futuro essa valoração pode mudar, como acontece com artigos antigos e raros que passam a ter valor não pelo produto, mas sim pela história que carrega.

Com fins de regulamentar a matéria em voga, atualmente, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei (PL 4099/2012) de autoria do Deputado Federal Jorginho de Mello, cujo objetivo é alterar o art. 1.788 do Código Civil para incluir os bens digitais na sucessão e permitir aos familiares do falecido o acesso às redes sociais e e-mails. *In verbis*:

Art. 1.º. Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1.788. Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança (BRASIL, 2002).

O cerne da justificativa do Projeto de Lei, o Deputado Federal Jorginho de Mello faz menção à ausência de legislação acerca do tema e as diferentes decisões judiciais relacionadas ao acesso a contas virtuais de entes falecidos. Segue:

Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injusto em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.365/2015)

A grande celeuma da problemática ora posta, é compreender o que engloba a Herança Digital, foi justamente este motivo que justificou a elaboração de um item específico para abordar os aspectos gerais de bens. Nesta mesma ordem de ideias, os bens virtuais, assim são definidos pelo saudoso doutrinador:

Os bens virtuais merecem ser incluídos no conceito de herança, uma vez que integram o patrimônio do indivíduo. Quanto aos arquivos que possuam valor econômico, [...], tendo em vista o princípio da patrimonialidade que norteia o direito das sucessões. Em contrapartida, alguns doutrinadores entendem que os arquivos que não podem ser avaliados financeiramente, como fotos pessoais, escritos caseiros e vídeos particulares são excluídos da concepção de espólio. No entanto, os sucessores podem herdar este material caso haja disposição de última vontade do de cujus, na hipótese de não existir, os herdeiros não poderão pleitear judicialmente a posse do referido conteúdo, mas terão o direito de requerer a exclusão desse acervo, caso esteja disponível ao público em redes sociais, por exemplo. (GONÇALVES, 2017, p.245).

No que atine ao Projeto de Lei supramencionado, alguns doutrinados vem se manifestando acerca de quais mudanças seriam abarcadas pela a alteração legislativa, assim vejamos:

Os projetos de lei pretendem transmutar o regime de direito de propriedade do Direito das Coisas para os direitos da personalidade, uma vez que o direito de personalidade do falecido transforma-se em bem patrimonial, pois a intimidade e a imagem da pessoa morta servem como fonte de riqueza econômica (TARTUCE, 2019, p.6).

Nessa toada, tem-se que, o Projeto de Lei, em sua essência transpõe marco na regulamentação e forma de tratar da herança digital para que as pessoas possam se planejar quanto ao futuro desses bens e caso não haja esse planejamento, para que os herdeiros possam saber que tem sim direito a herdar esse acervo de bens digitais.

Sobre este prisma, conforme se extrai da pesquisa, esposando do entendimento dos autores supramencionados, a melhor forma do de cujus resguardar o direito dos seus herdeiros, quanto aos bens armazenados virtualmente, é através do testamento.

Não é demasiado recordar, que, ao direito de testar, impõem-se limites, que visam assegurar os direitos dos herdeiros necessários, ou seja, ao interessado em realizar um testamento, deverá observar que seu limite de testar, é tão somente até 50% (cinquenta por cento) do valor dos bens, conforme fora exposto em tópico oportuno.

Corroborando este entendimento, assim vejamos:

No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivo digitais como patrimônio, sobretudo quando advindo de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social. (AUGUSTO; Oliveira, 2015, p.12).

Assim, mais uma vez se afirma que, o instrumento jurídico hábil a garantir os direitos hereditários dos bens armazenados virtualmente e seus frutos, é o testamento, haja vista que, por este caminho legal, é assegurada a última vontade do falecido, e desde que obdecido os requisitos constantes em lei, passará a vigorar, com efeitos vinculantes entre os herdeiros legítimos e testamentários.

É dizer, quando os bens virtuais estão previstos em testamento, existe, uma obrigação legal de transferi-los aos herdeiros, exceto as plataformas que tragam cláusula proibitiva de transferência.

Conquanto, acaso não exista disposição de vontade livremente expressada pelo falecido, no que atine aos bens virtuais, é assegurada a família, requerer em juízo, o acesso a redes sociais, ou até mesmo requerer que os frutos oriundos daquele bem virtual, integrem os bens do falecido, ou, requerer que aquela página virtual seja excluída.

A personalidade jurídica é adquirida pelo nascimento e finda com a morte, em vista disso, o falecido deixa de ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, convertendo-se em titular de direitos de personalidade. Conquanto, há previsão legal para que os herdeiros pleiteiem judicialmente alguns desses direitos.

Os direitos da personalidade são vitalícios, extinguindo-se, naturalmente, com a morte do titular, confirmando o seu caráter intransmissível. Falecendo, pois, o titular de um direito da personalidade, não haverá transmissão, extinguindo-se, automaticamente, a relação jurídica personalíssima. Não se esqueça de qualquer forma, que se reconhece, como um direito de personalidade da pessoa viva, a proteção aos valores jurídicos da personalidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 180).

É imperioso destacar ainda, que, os herdeiros sub-rogam em todos os direitos do de cujus, inclusive, lhe são conferido legitimidade, para propor ações, em que a competência era destinada ao falecido. Do mesmo modo, acaso, o falecido tenha sua honra abalada, é possível que os herdeiros ajuízem uma ação judicial, pleiteando que cesse o ato ilícito, e notadamente indenize, por atos que ofendam algum dos direitos da personalidade dos indivíduos, tudo conforme o disposto no art. 12 do Código Civil.

Conquanto, a legitimidade supramencionada não abarca a legitimidade para pedido em ações judiciais, cuja causa de pedir seja a entrega de dados de conta de redes sociais. Do mesmo modo, pelo entendimento dos autores que subsidiaram esta pesquisa, não é legítimo que a família pleiteie a retirada de conteúdos da rede social, exceto, nos casos em que, a família se sinta ofendida com o conteúdo ligado ao falecido, que exponha o *de cujus*, ou sua família a condições vexatórias. É dizer, que ofenda algum dos direitos da personalidade, hipótese em que figuraria o pedido de indenização por existência de dano moral, com efeito, ricochete.

Nesse sentido, é importante mencionar ainda, que, na atualidade, algumas empresas, tais como: Facebook e Instagram vêm se modernizando ainda mais, aceitando o formato de Contato de Herdeiro, que nada mais é, do que a possibilidade da pessoa indicar algum familiar, para assumir sua conta em redes sociais.

Em visto disso, além do testamento, o Contato de Herdeiro, é um mecanismo que vem atuando como um facilitador para o herdeiro, haja vista que, na atualidade, determinadas contas em redes sociais, possui um valor inestimável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a elaboração do presente trabalho, verificou-se que, a Legislação Pátria, ainda é tímida quanto ao tema abordado. O que se verificou, é que para o aproveitamento da herança virtual, é feita uma análise com base no direito comparado, como também é de grande valia, o testamento.

Nesse sentido, tem-se que, em que pese às inúmeras atualizações legais existentes no ordenamento jurídico, o Legislador não acompanhou a evolução da problemática em voga. Não é demais dizer que, o direito não necessariamente precisa se refazer, mas deve abarcar as necessidades do meio social, haja vista que a internet, juntamente com as facilidades que ela dispõe, notadamente acresce a forma bens de uma pessoa que trabalha no ramo digital.

É dizer, com advento de novas profissões, que estão ligadas diretamente a era digital, uma rede social pode possuir um valor inestimável, fonte de renda, e passível de integrar o espólio do falecido. Nessa toada, não raramente, é noticiado que famosos continuam faturando, mesmo após a morte, através de músicas e os agregados da fama.

Nesse diapasão, verificou-se que, existe em tramitação um Projeto de Lei, que visa abordar sobre o tema, mas que ainda não foi aprovado. Pelo Projeto de Lei, será alterada uma parte do Código Civil, para incluir claramente os bens virtuais ao conjunto de bens deixados pelo falecido.

Conquanto, até a lei supramencionada seja aprovada, pelo estudo realizado, o caminho jurídico seguro, é o interessado mencionar em testamento, desde que observado as formalidades legais, a exemplo, a observância do limite disponível, para que não prejudique os herdeiros necessários. Para tanto, é necessário o auxílio de especialista, para que sejam observadas todas as formalidades legais exigidas para o ato.

No instrumento, deverão constar os bens virtuais existentes como também para quem aquele bem deverá ser tomado posse. Isso assegura tanto os direitos presentes, quanto os futuros, além de trazer uma segurança jurídica, eis que, pelo testamento se preconiza a vontade expressada pelo falecido, no momento da elaboração do instrumento.

Na atualidade, existem algumas redes sociais, que vem adotando o Contato de Herança, que é utilizado para indicar uma pessoa que ficará responsável pelo manuseio de algumas funcionalidades das redes sociais, com algumas restrições, que visam resguardar a intimidade do falecido. O referido mecanismo é um facilitador, haja vista que é assegurado que o usuário indique uma pessoa de confiança, a quem será destinatário dos direitos do usuário.

Em arremate, acaso o falecido não tenha indicado a pessoa legítima para administrar a conta ou fornecido os dados para acesso de armazenamento na nuvem, e ainda não exista testamento, conforme exposto alhures, considerando a tutela constitucional à privacidade e aos direitos autorais, os herdeiros do *de cuius*, não poderão pleitear o acesso e a posse desses bens digitais, é permitido tão somente solicitação de exclusão de dados públicos, condicionada à comprovação de situação que comprometa a honra do falecido.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, N. C.; OLIVEIRA, R. N. M. de. A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cuius”. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 3., 2015, Santa Maria. **Anais...** Santa Maria, 2015.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.html. Acesso em 26 de agosto de 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

_____. **Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BLAZER, Charles. The five indicia of virtual property. **Pierce L. Rev.**, v. 5, p. 137, 2006.

BOONE, M. Scott. Virtual property and personhood. **Santa Clara Computer & High Tech. LJ**, v. 24, p. 715, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 4.099/2012**. Altera o art. 1.788 da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o código civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6B2A85FE365BDAFC4EF651CAE96C372D.proposicoesWeb1?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012>. Acesso em: 31 out. 2020.

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 4.847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012>. Acesso em: 22 out.2020.

CHEIN, Allen. A practical look at virtual property. . **John's L. Rev.**, v. 80, p. 1059, 2006.

CIFRINO, **Christopher J. Virtual property, virtual rights**: Why contract law, not property law, must be the governing paradigm in the law of virtual worlds. **BCL Rev.**, v. 55, p. 235, 2014.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. **Patrimônio Digital**: reconhecimento e herança. Recife: Nossa Livraria, 2016. E-book. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01M09UWDV>>. Acesso em: 04 nov.2020.

Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**. 1 vol, 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

GLUSHKO, Bobby. Tales of the (virtual) city: governing property disputes in virtual worlds. **Berkeley Tech. LJ**, v. 22, p. 507, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6, 7. ed. São Paulo/S

HOROWITZ, Steven J. Competing Lockean claims to virtual property. **Harv. JL & Tech.**, v. 20, p. 443, 2006.**interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017).

PRINZLER, Yuri. **Herança digital**: novo marco no direito das sucessões. 2015. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

SANTANA, José Cláudio Pavão. **O pré-constitucionalismo na América**. Rio de BEVILÁQUA apud DAIBERT, 1981, p. 1).

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, v. 6.

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima: primeiras reflexões**. Centro de Investigação de Direito Privado, ano 5, n 1, 2019. Disponível em:
<http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0871_0878.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

DESAFIOS E EFICÁCIA DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO NA PRODUÇÃO DE LATICÍNIOS

ANA CAROLINA PENA GOMES:
Cursando graduação em Ciências Contábeis
(FEF – Fernandópolis, SP).

AMANDA DE ALMEIDA SCAVAZINI¹¹⁶

SABRINA DE ALMEIDA CONCEIÇÃO¹¹⁷

(coautoras)

ELAINE DORO MARDEGAN COSTA¹¹⁸

(orientadora)

RESUMO: Planejamento Orçamentário contribui para auxiliar gerenciamento de tempo, produtividade e melhora de resultados financeiros. Por isso, é fundamental para qualquer atividade, porém, para pequenos produtores rurais o acesso à contabilidade rural limita-se por diversos fatores, dentre os quais se cita alguns impedimentos: indisponibilidade de profissionais com capacitação para o setor, ausência de recursos e informações etc. Este estudo objetivou-se identificar os desafios da contabilidade rural na agropecuária e verificar eficácia da aplicação do planejamento orçamentário na produção de laticínios. Assim aplicou-se a revisão bibliográfica descritiva, cuja base foi a análise de livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos publicados ou impressos sobre o tema. Com o estudo pode-se identificar falta de interesse da área científica no tema planejamento orçamentário na atividade pecuarista leiteira, especialmente, à participação das pequenas propriedades rurais que ainda não dispõem da profissionalização na realização de suas atividades. Porém apresenta-se como ferramenta gerencial importante para empresários de laticínios no país, já que abrange desde a tomada de decisão quanto à administração de custos, receitas e despesas até o fornecimento de matéria-prima e gerenciamento do orçamento. Portanto, o estudo demonstra falta de interesse dos produtores manterem efetivamente o planejamento na administração rural, o que acaba por torna-se um desafio aos profissionais da contabilidade rural; assim, sugere-se a necessidade de maior atenção da área acadêmico-científica quanto ao planejamento orçamentário para pequenos produtores rurais, o que pode significar fator

¹¹⁶ Cursando graduação em Ciências Contábeis (FEF – Fernandópolis, SP), curso Técnico em Contabilidade (ETEC -Fernandópolis, SP).

¹¹⁷ Cursando graduação em Ciências Contábeis (FEF – Fernandópolis, SP).

¹¹⁸ Bacharel Ciências Contábeis (FACICA); Licenciatura Plena Filosofia (CLARETIANO) e Pedagogia (FAER). Especializações em Economia Empresarial, Análise Financeira e Contábil (CEUV), Educação Inclusiva: uma perspectiva interdisciplinar (FIU) e Neuropedagogia Aplicada a Educação (FATECE). Mestre em Filosofia - área Ética (PUC-CAMPINAS), docente (FEF), UNIFUNEC e Rede Municipal de Educação de Santa Fé do Sul.

relevante para que haja eficácia no cenário nacional e, conseqüentemente, melhora no crescimento e avanço da pecuária leiteira para a economia brasileira.

Palavras-chave: Contabilidade Rural. Pecuária. Planejamento. Produtor Rural. Pecuária. Orçamento.

ABSTRACT: Budget Planning contributes to assist time management, productivity and improvement of financial results. Therefore, it is essential for any activity, however, for small rural producers the access to rural accounting is limited by several factors, among which some impediments are cited: unavailability of professionals with training for the sector, lack of resources and information etc. This study aimed to identify the challenges of rural accounting in agriculture and cattle raising and verify the effectiveness of the application of budgetary planning in dairy production. The descriptive bibliographic review was applied, which was based on the analysis of books, scientific articles and academic projects published or printed on the subject. The study identifies lack of interest of the scientific area in the subject of budget planning in the dairy farming activity, especially the participation of small rural properties that do not yet have the professionalism to carry out their activities. Although, it presents itself as an important management tool for dairy entrepreneurs in the country, since it covers from the decision making regarding cost management, revenues and expenses until raw material supply and budget management. Therefore, the study demonstrates lack of interest of producers to effectively maintain planning in rural administration, what ends up becoming a challenge to rural accounting professionals; thus, it is suggested the need for more attention from the academic-scientific area regarding budget planning for small rural producers, what may mean a relevant factor for the effectiveness in the national scenario and, consequently, improves the growth and advancement of dairy farming for the Brazilian economy.

Keywords: Rural Accounting. Cattle. Planning. Rural Producer. Budget.

1 INTRODUÇÃO

Planejamento é ferramenta contábil importante, pois ao ser aplicada a administração rural se torna fundamental tanto para grandes como pequenos produtores rurais, já que o acesso à assessoria contábil rural profissional é limitado por diversos fatores como: indisponibilidade de profissionais com capacitação para o setor ou a própria falta de recursos e informações.

A escolha pela área de produção de laticínios se dá justamente por se tratar de uma área que precisa de planejamento orçamentário para viabilizar e fazer controle satisfatório da produção. Assim, de acordo com Carvalho (2020) analisar os custos, tempo de produção, condições climáticas, riscos e lucros se tornam ações de extrema relevância nesse setor.

O estudo do tema se justifica, sobretudo, pela necessidade de se formar profissionais mais capacitados para atuar nos setores diversos das atividades rurais. Já existem muitos

estudos de universidades e pesquisas de campo que comprovam a necessidade de inovação e de informação, inclusive apontam como foco as necessidades dos pequenos produtores que buscam sobrevivência e crescimento no mercado cada vez mais amplo e, ao mesmo tempo, restrito pela alta concorrência com grandes produtores de diversas regiões do Brasil e até de outros países em um mercado economicamente globalizado.

Diante o cenário exposto acima, o referido estudo, poderá contribuir com levantamentos situacionais em pesquisa na literatura científica e, de forma geral, objetiva-se mostrar a importância do planejamento orçamentário nas atividades pecuaristas, torna-se muito importante para a formação dos contabilistas que poderão atender com maior eficiência esse setor em suas futuras atuações profissionais.

A questão problema da pesquisa envolve o tema que tem como objetivo geral identificar os desafios da contabilidade rural na agropecuária e verificar eficácia da aplicação do planejamento orçamentário na produção de laticínios.

Sendo apontada a hipótese de que o agropecuarista, principalmente, os pequenos produtores rurais, enfrentam dificuldades estruturais para a aplicação do planejamento orçamentário em suas atividades. Porém, aqueles que conseguem contar com um bom planejamento podem melhorar o controle de sua produção e, conseqüentemente, obter resultados mais satisfatórios em suas atividades.

Para realizar e analisar a temática proposta do referido trabalho adotou-se o método da pesquisa descritiva bibliográfica, sendo a investigação fundamentada em informações publicadas na forma impressa ou eletrônica, em banco de dados, seja em livros, artigos científicos e/ou trabalhos acadêmicos sobre o tema proposto. Para a busca do material eletrônico, a busca ocorreu por meio das Bibliotecas Online do Google Acadêmico e artigos científicos, teses, dissertações e trabalhos publicados no idioma Português no SciELO.

Conforme ensina Gil (2008), as pesquisas descritivas possibilitam a apresentação de descrições das características do fenômeno, bem como as suas variáveis, no caso desse estudo, o planejamento orçamentário no setor pecuarista. Também o referido autor menciona que a pesquisa bibliográfica contribui para melhorar a discussão e relação entre autores diferentes, sendo ressaltados os principais interlocutores desse estudo: Valle (1987), Zoccal (2005), Machado (2012), Viana, Costa e Santos (2014) e Ideagri (2018).

Destaca-se que o trabalho seguirá a proposta dos objetivos específicos para o estabelecimento de 3 capítulos para a Revisão da literatura, sendo o primeiro, para verificar a importância da contabilidade rural e do planejamento orçamentário na agropecuária; o segundo, para identificar os desafios da aplicação do planejamento orçamentário na produção de laticínios. E o terceiro, para apresentar a eficácia do planejamento orçamentário na produção de laticínios.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Contabilidade Rural e Planejamento Orçamentário na Agropecuária

O termo atividades rurais resume a exploração de atividades agrícolas, pecuárias, a extração e a exploração vegetal e animal, dentre outras.

A transformação de produtos agrícolas ou pecuários, sem que sejam alteradas a composição e as características do produto, realizadas pelo próprio agricultor ou criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando-se exclusivamente de matéria-prima produzida na área explorada, tais como: descasque de arroz, conservação de frutas, moagem de trigo e milho, pasteurização e o acondicionamento do leite, assim como o mel e o suco de laranja, acondicionados em embalagem de apresentação, produção de carvão vegetal, produção de embriões de rebanho em geral, independentemente de sua destinação, comercial ou reprodução (VIANA; COSTA, SANTOS, 2014, p.7).

Marion (2014, p. 24) define as empresas rurais como: “aquelas que exploram a capacidade produtiva do solo por meio do cultivo da terra, da criação de animais e da transformação de determinados produtos agrícolas”.

Nesse contexto, Viana, Costa e Santos (2014) explicam que a atividade agrícola-produção vegetal se divide em dois grupos:

- As culturas hortícolas e forrageiras: responsáveis pela produção de cereais, hortaliças, fibras, floricultura, dentre outras, que são consideradas culturas de curto prazo, cuja vida útil é inferior a um ano, e ocupam na contabilidade a posição de ativo circulante.
- E a arboricultura: como florestamento, pomares, seringueiras, dentre outras culturas de longo prazo, estas na contabilidade rural ocupam o ativo não circulante, porque produzem por mais de um ano.

E, a atividade zootécnica, produção animal, segundo Marion (2014) e Viana, Costa e Santos (2014) compreendem aos seguintes setores: a apicultura (criação de abelhas); a avicultura (criação de aves); e a pecuária (criação de gado), dentre outras criações de animais;

Outra atividade classificada na contabilidade rural, citada por Marion (2014), é atividade agroindustrial, são as chamadas indústrias rurais, desenvolvidas em unidades empresariais que acontecem por meio das atividades de beneficiamento, processamento e transformação de produtos agrícolas e animais, como:

- beneficiamento do produto agrícola (arroz, café, milho);
- transformação de produtos de origem animal (mel, laticínios, casulos de seda);

- transformação de produtos agrícolas (como a cana-de-açúcar em álcool, aguardente, açúcar; a soja em óleo; as uvas em vinho e vinagre; e moagem de trigo e milho, por exemplo).

Destas atividades rurais destaca-se no Brasil, de forma bem especial, a pecuária de corte bovina, que segundo Macedo (2006) apresenta-se em processo crescente de modernização, embora ainda caracterizada, em grande parte, pela produção extensiva com animais criados em pasto.

Fornecimento de suplementação alimentar e de sal mineral, além do manejo adequado das pastagens, são cada vez mais adotados pelos pecuaristas para garantir maior qualidade da carne ou do leite e colocando a pecuária nacional em um bom patamar concorrencial no mercado de carne.

Viana, Costa e Santos (2014) citam que das atividades rurais, a que mais se destaca no Brasil hoje é a pecuária. Embora as outras atividades também sejam bastante comuns, a pecuária, cuja atividade é forte no Brasil, devido sua grande extensão territorial e clima que beneficiam a criação de gados leiteiros ou para abate.

Hoje, a pecuária brasileira passa por transformações para se adaptar a realidade do mercado globalizado. Além da prática da suplementação alimentar e manejo de pastagem, os programas de melhoramento genético, segundo Macedo (2006), intensificaram-se e multiplicaram-se as produções de animais de elite, avaliados por sumários que classificam a conformação genética dos reprodutores, com identificação dos animais e maior capacidade de transferir características desejadas (boas) aos seus descendentes.

Marion (2014) corrobora com Viana, Costa e Santos (2014) ao reafirmar que a pecuária se divide em dois grupos de produção: a de gado leiteiro e a de gado de corte, sendo a primeira atividade o objeto deste estudo. Todavia a pecuária de corte passa por três fases de produção diferentes até chegar ao abate, são elas: criar: fase de criação do bezerro até o desmame; recriar: fase que vai da compra do bezerro desmamado até a venda do novilho magro; engordar: engorda do novilho magro até a venda do boi gordo para o abate. Já a pecuária de gado leiteiro por duas fases diferentes, sendo: cria: fase que inicia do nascimento bezerro até o desmame; e, recria: toda a fase que vai desde o desmame até iniciar atividade reprodutiva.

Neste sentido a contabilidade rural se faz importante, pois segundo a Agrodex (2017), o proprietário rural, tem se tornado empresário rural, ou melhor, um administrador rural, que consolida os resultados a partir da mensuração dos riscos e controles de ganhos e perdas nas propriedades rurais ao realizar estratégias na gestão comercial da produção (compra, venda e armazenamento), controle econômico-financeiro, planejamento do orçamento e orçamento comparativo.

Vianna, Costa e Santos (2014) reafirmam que a contabilidade rural, possibilita a obtenção de informações claras e objetivas para que o proprietário rural as possa utilizar adequadamente no desempenho de suas propriedades, em cada fase da produção, com planejamento e controle de custos que influenciam no preço final e na lucratividade dos rebanhos. Porém, a maioria dos proprietários rurais ainda não reconhece a importância da contabilidade em suas atividades e negócios, embora seja essencial para auxiliá-los na obtenção de maior rentabilidade.

[...] a contabilidade tem valor, pelas informações que possa passar, e uma melhor visão do cumprimento da Legislação. A contabilidade surgiu com o intuito de registrar e controlar o patrimônio, sendo um trabalho que exige agilidade e confiança, organização e análise da situação (VIANA; COSTA; SANTOS, 2014, p.2).

Ainda como relatam os autores Viana, Costa e Santos (2014), é importante considerar independente da atividade que exerça o esforço no sentido de organizar e gerenciar lucros. Mas, foi por meio da contabilidade rural que se tornou viável e essencial tal gerenciamento de lucros, pois possibilita em grande parte a redução de custos nos processos produtivos, nas atividades e negócios rurais.

Diante o contexto, Kruger *et al.* (2009 *apud* CARVALHO, 2011, p. 3) afirmar que a contabilidade rural é fundamental, pois se tornou ferramenta de apoio, planejamento e controle, para tomada de decisões, quando relacionada a gestão da atividade rural. “Ademais, a contabilidade é configurada como um diferencial, por todos os benefícios que suas informações trazem acerca das tomadas de decisões sobre as receitas, custos e despesas, desenvolvida por cada unidade produzida dentro de uma propriedade rural”.

A Contabilidade Rural possui inúmeras finalidades relacionadas ao controle e planejamento das atividades do meio rural, independente das atividades realizadas na propriedade, torna-se um mecanismo de apoio à tomada de decisão, pois fornece informações sobre condições de expandirem-se, sobre a necessidade de redução de custos ou despesas, necessidades de buscar recursos, possibilidades de investimentos, etc. (KRUGER, 2009, p. 4 *apud* CARVALHO, 2011, p. 3).

Neste sentido, Crepaldi (2012) enfatiza que o planejamento organizado realizado em conjunto com a contabilidade rural pode modificar a sociedade e acelerar o ritmo de seu desenvolvimento. Assim, planejamento orçamentário rural torna-se necessário; é antes de tudo, um processo dinâmico, programado, que possibilita a formulação do projeto e organização das ações para, melhorar planos de produção e, posteriormente, dinamizar a eficiência técnica e econômica da produção com obtenção e melhoria da rentabilidade econômica e, por conseguinte, possibilitar subsídios para a tomada de decisões.

Diante disso, o planejamento orçamentário aliado a informações contábeis é uma ferramenta que poderá auxiliar o produtor rural a reduzir os custos de sua propriedade e aumentar a sua capacidade produtiva, através da antecipação dos riscos e planejamento de suas ações. Além disso, poderá prever ou estimar os seus resultados para um período posterior, podendo assim permitir a tomada de decisões de forma mais assertiva (OLIVEIRA, 2011 *apud* CARVALHO, 2011, p. 1).

Valle (1987) considera que o gestor rural, assim como qualquer administrador de um negócio empresarial precisa dispor de conhecimento técnico, sensibilidade e competência para garantir o sucesso na agropecuária, pois se trata de ramo que envolve múltiplas atividades e volume financeiro de operações que se constituiu tal como uma empresa, embora nem sempre esteja legalmente estruturada e denominada dessa forma.

O mesmo autor acima descrito explica que as operações de gestão na agropecuária são consideradas sob três aspectos, sendo: técnico, econômico e financeiro.

Estes por sua vez, são explicados por Valle (1987) da seguinte forma:

- Aspecto técnico: estudos sobre plantios de determinadas culturas vegetais ou criação de gados, sendo exigido conhecimento necessário para fazer escolhas certas das sementes, implementos a serem usados, tipo de gado, alimentação e suplementação, sistema de trabalho e etc.
- Aspecto econômico: operações a serem executadas, como: custos e resultados, cuja análise do custo de cada produção e recuperação, poderá resultar em lucro ou prejuízo.
- Aspecto financeiro: abrange possibilidades na obtenção dos recursos financeiros e como aplicá-los; trata-se do movimento de entradas e saídas de numerários, sendo importante manter o equilíbrio financeiro e rentabilidade ao negócio do produtor.

Conforme afirma Crepaldi (2012), o gestor rural precisa se atentar às tarefas como: planejamento, organização e direcionamento, com efetivo controle administrativo, além de apresentar planos como orçamentos e controles para acompanhamento da atividade.

Segundo o autor acima citado, com o planejamento e programações anuais, mantidas e aprimoradas diariamente nas atividades rurais, o gestor terá base para seu orçamento, que é tido como elemento fundamental para a administração da atividade rural, pois pode auxiliar na previsão das necessidades, geração dos recursos e controle do andamento, além de facilitar a comparação do real e do orçado.

Nas palavras de Nepomuceno (2004, p. 91), “o orçamento é uma ferramenta de aperfeiçoamento da administração na atividade rural, que permite trabalhar com os olhos voltados para o que vai acontecer”.

Assim ao retratar, especificamente, a importância do planejamento financeiro e controle de custos na atividade pecuarista Viana, Costa e Santos (2014) narram:

Ter a informação em tempo real do custo que se tem, torna-se uma ferramenta de suma importância à administração, determinando a melhor hora para vender o rebanho, não deixando assim os custos serem maiores que o ganho de peso, e nem manter o rebanho se o preço de mercado está baixo (VIANA; COSTA; SANTOS, 2014, p.16).

Diante o exposto, torna-se importante ressaltar que a atividade rural requer estrutura de planejamento e controle orçamentário como parte de sua estrutura organizacional, já que envolve o controle do custo e da produção e, ainda, pode definir funções e responsabilidades sobre as atividades que contemplam o orçamento do produtor rural. (VIANA; COSTA; SANTOS, 2014).

2.2 Desafios da Aplicação do Planejamento Orçamentário na Produção de Laticínios

A década de 90 marca uma nova ordem de manuseamento da produção de leite entre os produtores e empresários de laticínios no Brasil, o governo de Getúlio Vargas estabeleceu o decreto de vigilância sanitária em toda a cadeia leiteira, desde a produção da matéria-prima até comercialização final de produtos lácteos (MAIA *et al.*, 2010).

O referido decreto nº 24548 de 03 de julho de 1934 definiu questões de análise do leite e instituiu diversos aspectos como: finalidade, espécie produtora, teor de gordura e tratamento, fazendo, inclusive uma categorização do insumo como tipos: A, B e C, conforme descreve Maia *et al.*(2010).

O Brasil sempre esteve na posição entre os grandes produtores de leite no mundo, a inserção das tecnologias no sistema produtivo somadas à legislação impulsionou um notável crescimento na produtividade partindo de 14,5 bilhões litros de leite em 1990 para 19 bilhões litros de leite em 2000 e segue em crescimento.

Conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no Censo Agrícola 2017, a produção leiteira chegou à marca de 30 bilhões de litros, sendo a região Sul a maior produtora do país. O Estado de Minas Gerais permanece como o que mais produz, seguido do Rio Grande do Sul e Paraná. E a produção de queijo e requeijão no Brasil foi de 223 mil toneladas no ano de 2016, anterior ao levantamento.

Pecuária leiteira é atividade muito praticada nas propriedades rurais de todo tamanho, desde o pequeno até grande porte. No caso das propriedades menores, chamadas de menor

porte, organizar essa tarefa envolve aspectos de forma de trabalho, questões culturais e tradições familiares (ZOCCAL; SOUZA; GOMES, 2005).

Conforme já abordado até aqui, o planejamento financeiro é ferramenta de suma importância para que uma empresa, de qualquer setor ou tamanho, cresça e continue no mercado e não é diferente para a atividade agropecuária (COSTA, 2018).

Então, o planejamento financeiro é necessário para traçar os roteiros para que se possa atingir objetivo no mercado, sendo relevante, para administrar a estrutura a propriedade rural, com a finalidade de controlar e estabelecer padrão de desempenho que possibilite avaliar os eventos reais e buscar antecipar a visualização dos prováveis resultados do negócio. E, o orçamento, assume papel relevante, considerado o meio para se perceber a situação da empresa e subsidiar as decisões sempre de maneira favorável aos objetivos do negócio (ZOCCAL; SOUZA; GOMES, 2005)

Na busca pela literatura identifica-se que não há muitos estudos, especialmente recentes, que tratam da relevância do orçamento no setor pecuarista leiteiro. Contudo, Costa (2018) verificou-se em sua análise de implantação de um sistema orçamentário para indústria de laticínios em Fortaleza (CE), que ao iniciar do zero (OBZ), identificou que o orçamento foi capaz de mostrar empecilhos na implantação, bem como a resiliência de gestores e funcionários. Conforme narra a autora: “a mudança é uma variável extremamente impactante no contexto dos ambientes dos seres humanos, por mais que se explique a exaustão os benefícios.” (COSTA, 2018, p. 50).

As procrastinações e protelações decisórias por parte dos executivos reforçam quão difíceis é sair da zona de acomodação e mais ainda, enfrentar um desconhecido sem segurança. Somam-se a isso as discussões técnicas e às vezes sem consenso. Aqui foram os momentos mais tensos. Em verdade muitos dos personagens receosos de perda de espaço no contexto do trabalho (COSTA, 2018, p. 51).

De acordo com o estudo acima citado, a cultura e hábitos dos gestores e trabalhadores no ambiente de origem pequena, ruralista, dificulta a compreensão destes sobre a importância do orçamento empresarial, que por sua vez, faz com que, muitas vezes, pontos importantes do orçamento sejam tratados com menos importância do que deveria; isto pode implicar na obtenção de sucesso e crescimento da empresa no mercado.

Outro ponto destacado por Costa (2018) foi à falta de compatibilidade do sistema de gestão da empresa (ERP) com a lógica do sistema orçamentário, que acaba por demandar adaptações e até consultorias para as adequações necessárias; ações que pode gerar maior custo e tempo e, em alguns casos inviabilizar o interesse por implantar.

Carlotto, Filippi e Marcello (2011) narram que as propriedades rurais de pequeno porte não fazem controle eficiente de gastos realizados no empreendimento rural, de modo

geral o negócio é administrado pela família que apresenta dificuldade de contabilizar receitas, despesas e custos da atividade agrícola.

Nesse sentido, a gestão familiar se atrapalha para realizar as contas da instituição empresarial com as da própria família e não consegue sequer separar as contas. Nessas propriedades rurais de pequena extensão membros da família exercem várias atividades da agricultura e da pecuária, pois o foco principal está na tarefa de produzir leite, a característica do sistema produtivo é de maneira manual, sem grande mecanização, o que toma praticamente toda a rotina dos pecuaristas (ZOCCAL; SOUZA; GOMES, 2005).

Viana, Costa e Santos (2014) que analisam a aplicação da contabilidade rural de modo geral nas pequenas propriedades rurais pecuaristas, destaca que a maioria dos pequenos proprietários rurais ainda não reconhece a importância da contabilidade em suas atividades e negócios, não utilizam nenhuma assessoria contábil e, não dispõem, de conhecimentos técnicos de controles contábeis e financeiros, o que, acaba por limitar as práticas de controle das atividades produtoras com o pouco conhecimento que dispõe de planejamento familiar; embora esta venha sendo essencial para auxiliá-los na administração de seus custos e manutenção da rentabilidade da atividade.

2.3 Planejamento Orçamentário na Produção de Laticínios

Planejamento familiar, usado por pequenos produtores, não é adequado para a realidade dos negócios rurais; mas, a partir do uso do planejamento financeiro estruturado e do orçamento adequado, com base em informações contábeis e de mercado, podem contribuir para evitar prejuízos e alavancar resultados, bem como crescimento no ramo da pecuária de leite e de gado de corte.

Fioravante *et al.* (2010) em um estudo que analisa particularidades da contabilidade de ativos biológicos cita algumas características que são de grande relevância para diferenciar ativos biológicos de outros ativos, são elas:

- (a) Capacidade de mudança, particularidade encontrada nos animais e plantas;
- (b) Gerenciamento de mudança, que facilita a transformação biológica, que promove condições necessárias para que o processo ocorra (nível de nutrientes, umidade, temperatura, fertilidade, luz);
- (c) Mensuração da mudança, que se refere à mudança da qualidade e quantidade causada pela transformação biológica ou colheita. (FIORAVANTE *et al.*, 2010. Não paginado).

Com base em Viana, Costa e Santos (2014) a contabilidade rural e, conseqüentemente, o uso de instrumentos como planejamento orçamentário, possibilita que as informações sejam mais claras e objetivas para que o proprietário as utilize adequadamente no

desempenho de suas propriedades, em cada fase da produção, com planejamento e controle de receitas e custos que influenciam no preço final e na lucratividade dos rebanhos.

As propriedades rurais podem ter suas atividades exploradas de duas formas: como pessoa física ou como pessoa jurídica, sendo que no Brasil constata a predominância da pessoa física. Uma das razões disso podem ser de uma administração mais voltada para a produção do que para controles, sendo mais familiar do que profissional (VIANA; COSTA; SANTOS, 2014, p. 13).

É fato que para que a atividade do pecuarista possa se desenvolver e crescer é necessário o planejamento orçamentário que viabilize as decisões sobre investimentos em crescimento do rebanho e ampliação dos negócios. Embora a atividade possa dar lucro ao produtor, mantém-se estagnado o seu negócio e sob o risco de qualquer imprevisto comprometer sua rentabilidade e até prejudicar sua sobrevivência nesse mercado de competição acirrada, por isso, um bom controle de custos e planejamento financeiro traz maior segurança aos negócios.

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis define que ativos biológicos se classificam em dois grupos: os consumíveis e os de produção. No caso do leite, enquadra-se no segundo grupo. Diretamente os consumíveis são aqueles cujas matrizes não produzem mais de uma vez, por exemplo, os gados destinados à produção de carne, gado para venda, plantação de milho, trigo e árvores para obtenção de madeiras. E os ativos de produção são aqueles em que as matrizes continuam vivas, como o gado para a produção de leite, árvores frutíferas e de produção de lenha. (CPC, 2009).

Nesse sentido, conforme narra Almeida (2019), no que se refere à contabilidade agrícola, deve-se considerar, o tipo de cultura, se é temporária ou permanente.

Culturas temporárias, conforme explica Marion (2014) estão sujeitas ao replantio após a colheita da produção, ou seja, devem ser replantadas anualmente, em curto espaço de tempo após a colheita de uma safra, para que produza novamente no próximo ano. São exemplos: a soja, o milho, o arroz, o feijão, a batata, dentre outros produtos agrícolas.

Já as culturas permanentes, como relata Marion (2014) são consideradas por sobreviverem a longos períodos produzindo sem necessidade de replantio, pois uma mesma matriz possibilita duas ou mais colheitas. São exemplos de culturas permanentes: o café, citricultura (laranja, limão etc.), cultivo de oliveira e a maioria das frutas como maçã, jaca, jaboticaba, goiaba, uva e etc.

Leite como produto, para fins contábeis é comparado às plantas permanentes porque tem sua produção por meio de matriz por longo período. Embora se atribua comumente como culturas permanentes aquelas com duração mínima de quatro anos, Marion (2014) considera

que basta a cultura durar mais de um ano e propiciar mais de uma colheita que deve ser considerada permanente. É o caso do leite.

Orçamento de uma fazenda de leite tem como base a evolução de seu rebanho, por isso, devem-se considerar as variações de quantidade de animais em cada categoria no período de um ano, conforme os objetivos do produtor. Sendo importante neste contexto, ressaltar que o orçamento do pecuarista pode ser traçado com base em números de outras propriedades cujo segmento e padrão de produção seja o mesmo da empresa analisada e, claro, apresente bons números para serem usados como modelo. E além desses números devem-se considerar os números da própria fazenda, desde que tais dados sejam registrados. (IDEAGRI, 2020)

Almeida (2019) explica que é possível encontrar o valor de mercado por meio dos índices econômico-financeiros divulgados por associações de representantes e produtores rurais e também pela Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F).

Contudo, para Almeida (2019) nem sempre o valor de mercado representa o valor justo, por isso, torna-se necessário recorrer a outras possibilidades de mensurações contábeis, como: o fluxo de caixa descontado para o caso de mensuração de valor justo de acordo com a KPMG.

Neste contexto, a mesma recomendação é manifestada por Quirino (2011) que também sugere a KPMG como alternativa aos problemas de mensuração ao valor justo com informações de mercado. Contudo “o valor justo de um ativo é mensurado descontando as entradas (receitas) e saídas (custos e despesas) de caixa esperadas até a venda do mesmo a uma taxa de retorno que os participantes do mercado exigiriam” (KPMG, 2018, p. 14).

Segundo identifica Quirino (2011) e, igualmente, reforçada no estudo de Almeida (2019) essa é a técnica mais utilizada para mensurar ativos biológicos como floresta. Nela o gestor deve definir tempo a serem avaliados e quais movimentações monetárias (planejamento financeiro) serão consideradas e/ou movimentações de produção e aplicação de estoque/patrimônio (planejamento econômico), bem como detalhar a análise que pretende ter a partir da avaliação.

Assim, destaca Almeida (2019), como sendo necessário solicitar relatórios que considerem as movimentações efetuadas, além do planejamento, para fazer a comparação entre o que era previsto e o que será efetivamente realizado.

Em um estudo realizado por Machado *et al.* (2012) que analisa os custos e a rentabilidade da produção de leite de propriedades de Granada, Minas Gerais, também destaca a importância do planejamento orçamentário para considerar mudanças na composição do rebanho, como aumento, redução, depreciação dos animais conforme a vida útil do rebanho, dentre outros fatores e particularidades do setor que devem ser considerados aos já tradicionais dados de orçamento empresarial como despesas, custos e receitas.

Portanto, a eficácia do planejamento orçamentário em propriedades rurais pecuaristas está relacionada à possibilidade de mensuração de um valor justo, e está condicionada à necessidade de se coletar informações e particularidades do fluxo de caixa descontado para evitar distorções que comprometam os resultados na aplicação do orçamento da atividade, cujas mensurações são variáveis por diversos fatores como demonstrado no presente estudo.

CONCLUSÃO

O estudo cumpre o objetivo proposto ao analisar o planejamento orçamentário na atividade rural pecuarista, sobretudo, ao demonstrar a importância da Contabilidade Rural, em especial, a necessidade do planejamento financeiro e orçamentário bem estruturado para a mensuração de um valor justo aos produtos de laticínios, conforme estudos de Crepaldi (2012) e Viana, Costa e Santos (2014).

O que se nota na literatura, é que os poucos estudos que há são realizados em empresas de laticínios e, ainda assim são estudos que se mostram incipientes quando a prática dessas empresas ainda está enraizada em cultura ruralista muito simplória diante de toda a evolução profissional da área de gestão de negócios. O que atualmente, é considerado um entrave para que essas empresas obtenham maior sucesso no mercado quando comparadas às grandes empresas e até multinacionais com as quais concorrem de perto em um mercado globalizado.

Quando se busca essa realidade no pequeno produtor rural, a realidade é mais crítica, pois, em grande parte os pequenos produtores sequer fazem algum tipo de controle mais profissionalizado, no máximo utilizam-se de mecanismos de planejamento familiar para manter suas atividades e negócios.

Estudos como o de Zoccal, Souza e Gomes (2005) e Costa (2018) evidenciam que o planejamento orçamentário pode ser o grande diferencial entre o sucesso e crescimento e a estagnação do produtor rural pecuarista nesse mercado tão competitivo, pois muitas vezes esse pequeno produtor ficará fadado a fornecer matéria-prima barata.

Por se tratar de um setor que se apresenta economicamente promissor para a Economia, o estudo identifica que essa deficiência na falta de planejamento orçamentário pode ser um fator que limita que o país cresça ainda mais nesse setor.

O presente estudo sugere o uso do planejamento orçamentário associado ao fluxo de caixa descontado da KPMG para mensurar valores na atividade pecuária leiteira e, conseqüentemente, dos laticínios, que tem sua matéria prima baseada na produção leiteira, como destacam os estudos de Quirino (2011), Almeida (2014) e a própria KPMG (2018), dentre outros autores importantes estudados neste artigo.

Contudo, pode-se verificar que a falta de estudos específicos sobre o planejamento orçamentário na atividade rural pecuarista e nas empresas de laticínios sugere a necessidade

de maior interesse e preocupação por parte de estudantes e pesquisadores das áreas de gestão e contabilidade, para a realização de novas pesquisas que analisem resultados em unidades de elementos diferentes, como localização, estrutura, nível de controle e gestão de produtores rurais pecuaristas e empresas de laticínios vinculadas à atividade.

Somente com maior aprofundamento em pesquisas e análises será possível superar barreiras de implantação do planejamento orçamentário nas propriedades rurais do setor, especialmente, nas pequenas propriedades; e a partir disto, será possível construir um cenário de maior profissionalização dos negócios pecuaristas derivados no setor de fabricação de laticínios no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. G.; RIVA, B. A. Ativos biológicos e produtos agrícolas mensurados a valor justo. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. ano 04, ed. 03, v. 02, p. 85-99, mar 2019. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/contabilidade/ativos-biologicos>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

AGRODEX CONSULTORIA. **Planejamento orçamentário e projeção comercial**. 2017. Disponível em: <https://agrodex.com.br/noticias/26/artigo_planejamento_orcamentario_e_projecao_comercial>. Acesso em: 03 nov. 2020.

CARVALHO, T. V. L. **Planejamento orçamentário e contabilidade em uma propriedade rural em Ituiutaba - MG**: um estudo de caso. 2020. 17 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Contábeis) - Universidade Federal de Uberlândia, Ituiutaba, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/29956/4/PlanejamentoOr%c3%a7ament%c3%a1rioContabilidade.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2020.

CPC - Comitê de Pronunciamentos Contábeis. **CPC 29 - ativo biológico e produto agrícola**. Brasília: CPC, 2009. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=60>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

COSTA, F. K. S. **Implantação da prática orçamentária com base zero (OBZ) em uma indústria de laticínios do Ceará**: um estudo de caso. Monografia de Graduação. Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade, Curso de Ciências Contábeis, Fortaleza, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/34650>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CREPALDI, S A. **Contabilidade rural**: uma abordagem decisorial. 7. ed. revista, atualizada. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORAVANTE, A. C. *et al.* IAS 41 – Ativo biológico e produto agrícola. In: ERNST & YOUNG; FIPECAFI. **Manual de normas internacionais de contabilidade**: IFRS versus normas brasileiras. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- IDEAGRI. Como implantar e avaliar orçamentos na pecuária. **Relatório Técnico**. 2018. Disponível em: <<https://ideagri.com.br/posts/como-implantar-e-avaliar-orcamentos-na-pecuaria>>. Acesso em: 29 jun. 2020.
- MACEDO, L. O. B. Modernização da pecuária de corte bovina no Brasil e a importância do crédito rural. **Informações Econômicas**, SP, v.36, n.7, jul. 2006. Disponível em: <<http://newsprime.com.br/abccriadores/images/upload/modernizacao%20da%20pecuria%20de%20corte%20bovina.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- MACHADO, O. H. *et al.* **Análise de custos e rentabilidade da produção de leite**: um estudo em propriedades de Granada - Minas Gerais. In: XIX CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS – BENTO GONÇALVES, RS, Brasil, 12 a 14 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/212/212>>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- MAIA, G. B. S. *et al.* **Produção leiteira no Brasil**. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, v.37, p. 371-398, 2013. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3709.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- MARION, J. C. **Contabilidade rural**: contabilidade agrícola, contabilidade da pecuária, imposto de renda pessoa jurídica. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NEPOMUCENO, F. **Contabilidade rural e seus custos de produção**. São Paulo: IOB – Thomson, 2004.
- OLIVEIRA, N. C. **Contabilidade do Agronegócio**: teoria e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011 *apud* CARVALHO, T. V. L. **Planejamento orçamentário e contabilidade em uma propriedade rural em Ituiutaba - MG**: um estudo de caso. 2020. 17 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Contábeis) - Universidade Federal de Uberlândia, Ituiutaba, 2020. Disponível em:< <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/29956/4/PlanejamentoOr%c3%a7ament%c3%a1rioContabilidade.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2020.
- QUIRINO, M. **CPC 29 – Ativo biológico**: uma contribuição à mensuração do valor justo do ativo biológico florestal. 2011. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis e Atuárias). PUC - São Paulo, 2011. Disponível em:< <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/1476/1/Mauro%20Quirino.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2020.
- VALLE, F. **Manual da contabilidade agrária**: a produção agrária, a administração da empresa agrária, a contabilidade agrária. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

VIANA, C. M. S.; COSTA, J. M. E.; SANTOS, J. K. B. A importância da contabilidade rural na pecuária. **Revista Saber Eletrônico On-line**, Jussara, n. 2, p. 5-23, ago./dez, 2014. Disponível em: <<https://sabereletronico.emnuvens.com.br/saber/issue/download/2/3>>. Acesso em: 09 mai. 2020.

ZAMPIROLI, K. A. **Uma proposta para a otimização do planejamento da produção na indústria de laticínio**. Dissertação de Mestrado. Campinas, SP: UNICAMP, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/333599/1/Zampirolli_KaryneAlves_M.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

ZOCCAL, R.; SOUZA, A. D.; GOMES, A. T. **Produção de leite na agricultura familiar**. Juiz de Fora, MG, 2005. Disponível em: <<https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/89788/1/BOP-17.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

INCENTIVOS FISCAIS RELACIONADOS ÀS EMPRESAS DO TERCEIRO SETOR

LARA DA SILVA POLVEIRO:
Graduando em Ciências Contábeis,
FEF- Fernandópolis, SP.

LUIGI PUITTI ARNAL PEREIRA¹¹⁹

SUELEN BRAGA DA SILVA¹²⁰

(coautores)

ELAINE DORO MARDEGAN COSTA¹²¹

(orientadora)

RESUMO: Uma empresa de terceiro setor é uma organização sem fins lucrativos e não governamentais, que tem como objetivo gerar serviços de caráter público, ou seja, organizações não governamentais, que não têm finalidade de lucro, mas congregam objetivos sociais, filantrópicos, culturais, recreativos, religiosos ou artísticos. O artigo teve como objetivo apresentar o conceito de empresas de terceiro setor e analisar a importância dos principais incentivos fiscais e as dificuldades na obtenção destes benefícios pelas empresas de terceiro setor. Realizou-se a pesquisa descritiva bibliográfica, sendo a análise em livros, bem como, a utilização de artigos disponíveis em meios eletrônicos. Por meio dos dados analisados, verificou-se que empresas de terceiro setor são aquelas que desenvolvem atividades em favor da sociedade, sem o objetivo de auferir lucro. Os incentivos fiscais são importantes pois diminuem a carga tributária da empresa, e possibilitam a melhora na gestão financeira. Uma vez que estes incentivos fiscais oriundos do governo, só podem ser alcançados se devidamente cumpridas às exigências previstas na legislação. Um dos aspectos mais relevantes é a questão da transparência na prestação de contas que a empresa deve manter com a sociedade e com os parceiros. Dessa forma, concluiu-se que os incentivos fiscais permitem que as empresas de terceiro setor possam crescer e transcender na sociedade todo seu trabalho.

Palavras-chave: Empresas. Incentivos Fiscais. Governo. Terceiro Setor.

119 Graduando em Ciências Contábeis, FEF- Fernandópolis, SP.

120 Graduando em Ciências Contábeis, FEF- Fernandópolis, SP.

121 Bacharel em Ciências Contábeis (FACICA); Licenciatura Plena Filosofia (CLARETIANO) e Pedagogia (FAER). Especializações em Economia Empresarial, Análise Financeira e Contábil (CEUV), educação Inclusiva: uma perspectiva interdisciplinar (FIU) e Neuropedagogia Aplicada a Educação (FATECE). Mestre em Filosofia – área Ética (PUC-CAMPINAS), docente (FEF), UNIFUNEC e Rede Municipal de Educação de Santa Fé do Sul.

ABSTRACT: A third sector company is a non-profit and non-governmental organization, which aims to generate services of a public nature, that is, non-governmental organizations, which are not for profit, but bring together social, philanthropic, cultural, recreational objectives, religious or artistic. The article aimed to present the concept of third sector companies and analyze the importance of the main tax incentives and the difficulties in obtaining these benefits by third sector companies. Descriptive bibliographic research was carried out, with analysis in books, as well as the use of articles available in electronic media. Through the analyzed data, it was found that third sector companies are those that develop activities in favor of society, without the objective of making a profit. Tax incentives are important because they reduce the company's tax burden, and make it possible to improve financial management. Since these tax incentives from the government, they can only be achieved if duly complied with the requirements foreseen in the legislation. One of the most relevant aspects is the question of transparency in accountability that the company must maintain with society and with partners. Thus, it was concluded that tax incentives allow third sector companies to grow and transcend all their work in society.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade no Brasil encontra-se dividida em três setores. O primeiro setor é o governo, constituído pelo Estado, que é responsável pelas questões sociais. O segundo setor é o ente privado que busca fins lucrativos, responsável pelas questões individuais. O terceiro setor é o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas em favor da sociedade, por organizações privadas não governamentais e sem o objetivo de lucro, independentemente dos demais setores. (CASTRO, 2017)

O terceiro setor é composto por organizações sem fins lucrativos, ou seja, são organizações da sociedade civil, instituições religiosas, entidades beneficentes, clubes de serviço de trabalho voluntário, entre outros. (BLUME; MARMENTINI, 2017)

Em relação à escolha do tema, destaca-se que atualmente é elevado o índice de entidades e organizações sem fins lucrativos que se enquadram no terceiro setor. Tal questão motivou a investigação que tem como objetivo geral apresentar o conceito de empresas de terceiro setor e analisar a importância dos principais incentivos fiscais e as dificuldades na obtenção destes benefícios pelas empresas de terceiro setor.

Efetou-se a pesquisa descritiva bibliográfica, cuja análise das informações foi por meio de livros que retratam o tema, bem como, a utilização de artigos científicos disponíveis em meios eletrônicos.

O artigo foi elaborado a partir de três capítulos apresentados a seguir na revisão da literatura, que demonstram a fundamentação teórica, baseada em conceitos apresentados por diversos autores e na legislação brasileira vigente que tratam sobre o tema escolhido. Por isso, o primeiro capítulo se inicia com a conceituação do terceiro setor, em seguida, o segundo capítulo, aborda as leis de incentivos fiscais e quais os principais incentivos fiscais existentes. Após, a discussão, realizou-se o terceiro capítulo que contempla uma abordagem sobre as

dificuldades que as empresas encontram para conseguir os benefícios destes incentivos fiscais.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Terceiro Setor e a abordagem conceitual

O termo Terceiro Setor surge inicialmente na década de 1970 por pesquisadores nos Estados Unidos da América e, a partir da década de 1980 também passa a ser usado pelos pesquisadores europeus. (PAES, 2017)

De acordo com Albuquerque (2006) a expressão terceiro setor é uma tradução do termo em inglês *third sector*, que, nos Estados Unidos, é usado junto com outras expressões, como “organizações sem fins lucrativos” (*nonprofit organizations*) ou “setor voluntário” (*voluntary sector*).

Segundo Tenório (1999) as organizações do terceiro setor são agentes não-econômicos e não-estatais que procuram atuar, coletiva e formalmente, para o bem-estar de uma comunidade ou sociedade local, sub-regional ou regional, nacional ou internacional. A ação coletiva dessas organizações pressupõe a democratização para permitir a emancipação dos sujeitos sociais mediante o exercício da cidadania.

Nesse sentido, ainda segundo o autor acima, estão presentes tanto nas sociedades ricas como nas pobres, para atender ou capitalizar anseios da sociedade ou de seus segmentos. Já que desempenham em alguns casos papel importantes para a conquista da justiça social em situações em que nem os agentes econômicos e nem mesmo o Estado mobilizam-se para atender. No entanto, essas instituições dependem também desses setores para, em parceria, atender às demandas sociais.

Já Dias (2003, p. 203) define o terceiro setor como “o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público”.

De acordo com Brasil (1988) a Constituição Federal prevê sobre a liberdade de associação para fins lícitos, conforme artigo 5º, inciso XVII, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Além disso, a legislação não pode criar mecanismos de controle que favoreçam a ingerência estatal nas associações, o arbítrio e o autoritarismo, a cooptação, a perda de independência e o atendimento dos interesses de grupos ou classes dominantes. (MARTINS, 2006).

Segundo Brasil (1988) o artigo 203º, § 2º da Constituição Federal, indica que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associações.

De acordo com Cavalcanti (2006, p. 222):

O Terceiro Setor, [...] opera com o objetivo macro de garantir e promover a cidadania de todos. Como o Estado não consegue fazê-lo sozinho e a iniciativa privada simplesmente não quer ser, e também não é a única a ter responsabilidade nessa matéria, o terceiro Setor é o agente viabilizador, pois não é Estado nem mercado, mas opera em benefício público.

O terceiro setor não pode concorrer com as iniciativas estatais e tampouco buscar substituir as ações que são próprias do mercado. Sua função e vocação é atuar de forma subsidiária a esses setores, pois busca apoiar iniciativas sociais que favoreçam todos os envolvidos em suas relações, seja com o fomento de direitos fundamentais, tal como a prestação de serviços educacionais, seja com a geração de renda, com o amparo a ações de economia criativa. (PAES, 2017)

Existem regras e princípios constitucionais que são aplicáveis a todo o terceiro setor em razão do caráter social da atividade exercida. As entidades devem ter uma conduta ética sendo responsável, pois como descreve MPPR (2009) abrange, por exemplo, os deveres de:

- utilizar os seus recursos estritamente para o alcance das finalidades que declaram possuir;
- atuar de maneira pública e transparente; e
- observar critérios imparciais e não discriminatórios na determinação dos beneficiários de sua atuação.

Empresas de terceiro setor movimentam e viabilizam novos empregos, pois a cada instituição criada, diversas oportunidades nascem, pois não somente do voluntariado é composto o terceiro setor, já que exige também a participação de profissionais especializados para atender cada vez mais as demandas atuais. (STACHUK, 2018)

2.2 Leis e Incentivos Fiscais para Empresas de Terceiro Setor

Segundo Martins (2006, p. 33) “os incentivos fiscais são estímulos criados pelo Estado para impulsionar, por meio de parcerias com a iniciativa privada, determinados setores e atividades de relevância para a política econômica de um país”.

Estes incentivos fiscais são medidas que promovem a redução ou extinção da alíquota de determinados impostos a serem pagos. São benefícios comumente oferecidos sob a forma de redução ou isenção fiscal. (REIS, 2019)

Segundo apresenta Brasil (1988) a Constituição Federal, prevê a intervenção estatal nos diversos setores da economia de mercado, conforme disposto no artigo 174.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. (BRASIL, 1988)

Os incentivos podem abranger tanto os impostos federais, estaduais ou municipais. Assim, na esfera municipal o imposto doado é o (ISS) Imposto sobre Serviços. No âmbito estadual é o (ICMS) Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. E, em nível federal o (IR) Imposto de Renda. (REIS, 2019)

Os Estados e o Distrito Federal, para concederem incentivos ou benefícios fiscais dentro de seus respectivos territórios, devem antes firmar acordo sobre a matéria com os demais, por meio de convênios estabelecidos para este fim específico. Estes convênios são celebrados perante o (CONFAZ) Conselho Nacional de Política Fazendária que conta com a participação de representantes de cada um dos Estados brasileiros. (LUKIC; MONTENEGRO, 2014)

As Leis de Incentivo Fiscais são consideradas no meio contábil, como uma espécie de renúncia fiscal criada pelo poder público. Trata-se de leis que permitem às empresas direcionarem parte de seus tributos recolhidos ao financiamento de projetos em áreas sensíveis para a gestão pública, ou seja, tem o objetivo de estimular o investimento, crescimento ou geração de empregos de um determinado setor, de forma a promover seu desenvolvimento social e econômico. (FERREIRA, 2018)

Segundo Ferreira (2018), as principais leis de incentivos fiscais são: a Lei Rouanet (nº 8.313/91); Lei do Audiovisual (Lei nº 8.685/93); Programa de Ação Cultural (Lei nº 12.268/06), Lei de Incentivo ao Esporte (Lei 11.438/06); Programa Nacional de Oncologia (Pronon - 12.715/12); Programa Nacional de Acessibilidade (Pronas - Lei 12.715/12).

Pode-se dizer que o governo ao conceder estes incentivos fiscais cede recursos que receberia por meio de impostos e, dessa forma, concede incentivos para a cultura, o esporte, a saúde e o desenvolvimento social. (ASID BRASIL, 2019)

Dessa forma, as leis de incentivo permitem às empresas e às pessoas físicas escolher

onde e como aplicar parte dos impostos que seriam pagos ao fisco, os quais são recebidos por meio de “doação” pelas entidades privadas sem fins lucrativos de fundos ou projetos específicos. O benefício para os doadores é a redução dos tributos a pagar ou aumento do valor a ser restituído. (CAZUMBÁ, 2016)

Segundo Ancine (2017) no Brasil estão em vigor os seguintes incentivos fiscais:

- **Incentivo ao esporte:** se destina ao esporte, tanto em modalidade olímpica, paraolímpica e outras, os quais são de origem de doações e patrocínios, que se tornam um importante meio de desenvolvimento dos esportes brasileiros.
- **Incentivo aos projetos audiovisuais:** um meio estratégico que o governo encontrou para conseguir investimentos em meios culturais com desenvolvimentos em marcos econômicos, que acabam por gerar mais empregos.
- **Incentivo aos projetos culturais:** criado para valorizar milhares de projetos culturais que todos os anos são realizados em todas as regiões do nosso País de forma a ampliar o acesso dos cidadãos a cultura.
- **Incentivo tecnológico:** tem por finalidade trazer novos produtos e processo de fabricação que pode agregar melhoria de produção ou ganhar qualidade e produtividade, que pode resultar no desenvolvimento maior na finalização do produto.
- **Incentivo à inovação e à pesquisa científica:** dispõem da capacitação tecnológica para o alcance maior na produtividade e pode trazer progresso no sistema produtivo nacional e regional do país.

As organizações de terceiro setor recebem os benefícios fiscais, tais como isenção do imposto de renda, mas não podem oferecer benefícios fiscais a quem os doa. O que as organizações oferecem é o incentivo fiscal, isto é, uma empresa ou pessoa física pode deduzir do valor do seu imposto de renda conforme doações realizadas para projetos aprovados em leis de incentivo fiscal. (LENCIONI, 2019)

Neste sentido, salienta-se que por mais projetos e programas aprovados em leis de incentivo fiscal, uma organização de terceiro setor não é capaz de se manter apenas com esses recursos, pois as instituições possuem como qualquer outra empresa, despesas fixas mensais, tais como aluguel de espaço, despesas de água e energia e pagamento de funcionários. Assim, destaca-se que elas necessitam de outros recursos. (LENCIONI, 2019)

2.3 Dificuldades Empresariais na Aquisição de Incentivos Fiscais

O uso de incentivos fiscais para financiamento de projetos sociais no Brasil é amplamente conhecido, pois 9% (nove por cento) do total de imposto de renda que uma empresa paga anualmente pode ser destinada ao financiamento de projetos culturais, esportivos e sociais. Para a pessoa física, esse percentual é de 8% (oito por cento). O montante desses recursos sob o formato de renúncia fiscal é de aproximadamente R\$ 3,9 bilhões por

ano no Brasil. Mas, nem todos os projetos sociais existentes conseguem efetivar a captação de recursos, pois apenas 51,72% deles obtêm êxito. (ISER, 2018)

Do total concedido de renúncia fiscal anualmente, somente 60% (sessenta por cento) é utilizado, ou seja, isso significa que a cada ano é perdido aproximadamente R\$ 1,56 bilhão que poderiam ser utilizados para financiamento de projetos culturais, esportivos, de crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, ações de combate ao câncer, entre outros, nas diversas entidades pelo Brasil. (ISER, 2018)

Para as pessoas jurídicas, o benefício concedido é apenas para empresas com valor a ser pago de Imposto de Renda, cujo resultado seja apurado com base no Lucro Real, pois não é qualquer atividade social que gera o benefício da redução de impostos, já que a empresa optante pelo lucro presumido ou arbitrado não consegue usufruir de incentivos federais. (CAZUMBÁ, 2016; REIS, 2019)

De acordo com as leis de incentivo, as áreas alcançadas são: cultura, proteção à criança e ao adolescente, proteção ao idoso, esporte, combate ao câncer (oncologia), e reabilitação de pessoas com deficiência (PCD). (CAZUMBÁ, 2016)

Segundo Reis (2019) para que a empresa do terceiro setor possa solicitar qualquer incentivo ou benefício e, conseqüentemente, ser aprovado, não deve apresentar débito com o fisco. E conforme o modelo requerido também será necessário apresentar documentos comprobatórios, inclusive o enquadramento dos formatos federais, estaduais e municipais, de acordo com a empresa.

Estes incentivos e benefícios conforme relata Reis (2019) são concedidos pelo governo, como auxílio federal e se realiza quando a empresa se enquadra. Assim consegue receber o benefício, contudo, precisa destinar uma parte dos impostos que seriam pagos ao governo por meio de dedução, isenção, compensação, eliminação, sendo direta ou indireta, dentre outros que resultam na redução da carga tributária.

Empresas de terceiro setor apesar de receber incentivos fiscais do governo, ainda são poucos para manterem-se em pleno funcionamento, o que acaba por inviabilizar muitos projetos por falta de recursos, assim, a ajuda da sociedade ou de empresas se tornam importantes para viabilizar e/ ou desenvolver projetos sociais. (GBRASIL, 2018)

As organizações não governamentais (ONGs) fazem parte do Terceiro Setor, instituições que substituem ou complementam as responsabilidades do poder público em diversas áreas. No entanto, o trabalho desempenhado pelas ONGs tem percalços a serem enfrentados, como a falta de financiamento para os projetos. Para conseguir tocá-los, as instituições dependem da boa vontade de empresas e de pessoas físicas, mas muita gente ainda encara a doação de recursos para entidades como ato de caridade, o que, para as ONGs, é uma visão equivocada. (GBRASIL, 2018, não paginado)

Segundo Siqueira Filho (2019) em qualquer lugar o incentivo fiscal tem várias faces, a que chama mais a atenção é a desigualdade regional no país que urgentemente precisa ser corrigida. O que reflete muito na economia e na geração de emprego, que por sua vez, acaba por interferir na economia do Estado e país como um todo. Atualmente o estado de São Paulo tem feito uma divulgação maior; sempre teve essa iniciativa para as organizações, porém a competitividade entre os Estados interfere muito no oferecimento de incentivos.

A política de incentivos fiscais tem de ser transparente, é uma política boa e o mundo inteiro pratica. Quando se faz uma política correta, o resultado está apresentado na geração de emprego, no desenvolvimento e o aumento da renda das pessoas. (SIQUEIRA FILHO, 2019, não paginado)

Desta forma Siqueira Filho (2019) destaca que dentre outros dados, quanto maior transparência e concordância sobre alíquotas e impostos, toda organização consegue crescer com os incentivos fiscais, pois podem ajudar a sociedade na geração de empregos, ações sociais, crescimento da própria organização e também na constituição de novas sedes. O Brasil cresce, quando as organizações são incentivadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil existe a divisão da sociedade em três setores. De acordo com a revisão bibliográfica realizada, Castro (2017) definiu que o primeiro setor é representado pelo governo, que é responsável pelas questões sociais, o qual se utiliza de dinheiro público para fins públicos. E que, o segundo setor é aquele representado pelas instituições privadas, responsável por questões e interesses individuais, o qual utiliza de dinheiro privado para fins privados. Tenório (1999) definiu as organizações do terceiro setor como agentes não econômicos e não estatais que atuam de forma coletiva para o bem-estar de uma comunidade ou sociedade.

Terceiro Setor é o conjunto de instituições sem fins lucrativos que tem como principal finalidade o atendimento a causas sociais, tais como as Organizações Sem Fins Lucrativos, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as Organizações Sociais. E em termos de reconhecimento jurídico, existem ainda as Associações, as Fundações e as Entidades Religiosas.

Incentivos fiscais para empresas são benefícios oferecidos pelo governo, como um conjunto de políticas econômicas, para facilitar o aporte de capitais por meio da cobrança de menos impostos ou por meio de isenção, que tem como fim o aquecimento econômico.

Empresas de terceiro setor crescem a cada dia, porém, o terceiro setor não pode ser substituto das funções do Estado, pois representa apenas uma complementação e auxílio na resolução de tantos problemas presentes na sociedade.

Com base no que foi apresentado no artigo pode-se concluir que empresas

relacionadas ao terceiro setor demonstram dificuldade em conseguir incentivos fiscais para exercer a sua atividade principal, o que contribui para carência dentro dessa empresa e muitas delas acabam podendo desencadear um processo de falência.

Diante o contexto, a partir do referido estudo pode-se afirmar que os incentivos fiscais oriundos do governo, só vão ser alcançados se cumpridas todas as exigências do governo previstas em lei; além disso, é importante ressaltar que um dos mais importantes aspectos é a transparência que a empresa deve apresentar e manter com a sociedade e seus prestadores de contas. Entretanto, os incentivos fiscais dependem do funcionamento dos tributos dentro dos parâmetros fiscais dos estados, que por sua vez, terá alíquotas variáveis, de um estado para o outro.

De modo geral, a forma adequada e viável para se conseguir aumentar os recursos é a própria entidade tentar gerar seus próprios ganhos, os quais podem ser realizados pela entidade por meio de eventos, promoções, vendas de objetos recebidos como doação, entre outros.

No entanto, admite-se ser necessária uma postura ou uma ação governamental que apresente o comprometimento com o terceiro setor para não faltarem recursos para essas entidades, pois as mesmas atuam com a finalidade de beneficiar a sociedade, e em muitas situações, promovendo ações de responsabilidade do próprio governo, porém, não é essa a realidade atual.

Diante dos estudos apresentados, sugere-se para continuidade da pesquisa, a realização de um novo estudo, com enfoque apenas na forma de realização da administração financeira das empresas de terceiro setor.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, C. C. A. **Terceiro setor: história e gestão das organizações**. São Paulo: Summus, 2006.

ANCINE. **Fomento - O que é**. 2017. Disponível em: <<https://www.ancine.gov.br/pt-br/fomento/o-que-e>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

ASID BRASIL. **Leis de incentivo fiscal: o que são e como funcionam**. 2019. Disponível em: <<https://asidbrasil.org.br/br/leis-de-incentivo-fiscal-o-que-sao-e-como-funcionam/>>. Acesso em: 21 out. 2020.

BLUME, Bruno André; MARMENTINI, Gabriel. **O que são ONGs?** 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/ong-o-que-e/>>. Acesso em: 23 out. 2020.

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

em: 17 set. 2020.

____. **Lei de incentivos a cultura.** 1991. Disponível em: <<http://leideincentivoacultura.cultura.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CASTRO, Luísa. **Terceiro setor: 4 pontos para entender.** 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/terceiro-setor-o-que-e/>>. Acesso em: 21 Out. 2020.

CAVALCANTI, M. Cooperativas e comunidades: o empreendimento compartilhado. In: CAVALCANTI, M. (Org.). **Gestão social, estratégias e parcerias: redescobrimo essência da administração brasileira de comunidades para o terceiro setor.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CAZUMBÁ, N. **Captação de recursos através de leis de incentivo.** 2016. Disponível em: <<https://nossacausa.com/captacao-de-recursos-atraves-de-leis-de-incentivo/>>. Acesso em: 17 out. 2020.

CONTÁBEIS. **Terceiro setor - aspectos tributários e incentivos fiscais.** 2006. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/artigos/199/terceiro-setor-aspectos-tributarios-e-incentivos-fiscais/>>. Acesso em: 23 maio 2020.

DIAS, M. T. F. **Direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA, R. **Entenda como funcionam as leis de incentivo fiscal para as empresas.** 2018. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/artigos/5039/entenda-como-funcionam-as-leis-de-incentivo-fiscal-para-as-empresas/>>. Acesso em: 18 out. 2020.

GBRASIL. **Terceiro setor: desafios para a sobrevivência das ONGs.** 2018. Disponível em: <<https://legado.gbrasilcontabilidade.com.br/noticias/268/Terceiro+setor:+desafios+para+a+sobreviv%eancia+das+ONGs>>. Acesso em: 14 set. 2020.

GIL, R. L. **Tipos de pesquisa.** 2008. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/ecb/files/2009/09/Tipos-de-Pesquisa.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2020.

ISER, C. **Captação de recursos via incentivos fiscais.** 2018. Disponível em: <<https://www.filantropia.org/informacao/captacao-de-recursos-via-incentivos-fiscais>>. Acesso em: 20 out. 2020.

JORNAL OPÇÃO. **Política de incentivos fiscais tem de ser transparente.** 2019. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/entrevistas/politica-de-incentivos-fiscais-tem-de-ser-transparente-187928/>>. Acesso em: 14 set. 2020.

LENCIONI, C. **Advogada fala sobre incentivos fiscais no terceiro setor.** 2019. Disponível em: <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/advogada-fala-sobre-incentivos-fiscais-no-terceiro-setor/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

LUKIC, M. S. R.; MONTENEGRO, M. R. **Tributos em espécie**. 2014. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/tributos_em_especie_2014-1.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

STACHUK, Marisa. **Terceiro setor: quem é, o que faz e quais suas reais contribuições?** 2017. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/blogs/artigos/terceiro-setor-quem-e-o-que-faz-e-quais-suas-reais-contribuicoes/>>. Acesso em: 22 Out. 2020.

MARTINS, O. S. **Terceiro setor – aspectos tributários e incentivos fiscais**. 2006. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/artigos/199/terceiro-setor-aspectos-tributarios-e-incentivos-fiscais/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 19 out. 2020.

O CONCEITO DE. **O conceito de governo**. 2011. Disponível em: <<https://conceito.de/governo>>. Acesso em: 24 maio 2020.

PAES, José Eduardo S. **Conceito de terceiro setor**. 2017. Disponível em: <<https://www.escolaaberta3setor.org.br/post/conceito-de-terceiro-setor?gclid=CjwKCAjwia>>

X8BRBZEiwAQQxGx6uWZ1gUi2kUv2v1sUZhOT9kpAJxxtXkjT5Zs_b5agsd2DM0sbbc6BoCNEoQAvD_BwE>. Acesso em: 16 out. 2020.

REDE NACIONAL DO ESPORTE. **Lei de incentivo**. 2006. Disponível em: <<http://rededoesporte.gov.br/pt-br/incentivo-ao-esporte/lei-de-incentivo-ao-esporte>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

REIS, Thiago. **O que são incentivos fiscais, como funcionam e quais suas vantagens?** 2019. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/incentivos-fiscais/>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

STACHUCK, Marisa. **Terceiro setor: quem é, o que faz e quais suas reais contribuições?** 2017. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/blogs/artigos/terceiro-setor-quem-e-o-que-faz-e-quais-suas-reais-contribuicoes/>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SIQUEIRA FILHO, Otávio Lage. **Política de incentivos fiscais tem de ser transparente**. 2019. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/entrevistas/politica-de-incentivos-fiscais-tem-de-ser-transparente-187928/>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

TENÓRIO, F. G. **Um espectro ronda o terceiro setor: o espectro do mercado**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v.33, n.5, p.85-102, set./out. 1999.

TUMELERO, Náina. **Pesquisa descritiva: conceito, característica e aplicação**. Mettzer, 2018. Disponível em: <<https://blog.mettzer.com/pesquisa-descritiva/>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

UP BRASIL. **Entenda o que são incentivos fiscais para empresas de uma vez por todas.** 2019. Disponível em: <<https://www.upbrasil.com/blog/empreendedorismo/entenda-o-que-sao-incentivos-fiscais-para-empresas/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS

RAMIRO DA SILVA LUNA:
Bacharelado do Curso de Direito pela Universidade ULBRA Manaus-AM, formado em Administração pela Universidade UNOPAR Rio Branco-AC, Pós-graduado em Gestão Tecnologia da informação (GTI) pela Universidade UNINORTE Rio Branco-AC.

RUBENS ALVES DA SILVA

(orientador)

RESUMO: Este artigo se pauta através de profunda análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa sobre a responsabilização dos pais pelos atos ilícitos cíveis praticados por seus filhos menores, abordando os fundamentos jurídicos e sociais para a ocorrência de tal responsabilização, expondo desde o conceito de responsabilidade civil, até as principais diretrizes que entornam o tema. Nesse sentido, tem-se por foco esclarecer como se dá a responsabilização dos atos ilícitos cíveis praticados pelos menores de idade, elencando o dever dos pais de vigiar os filhos menores e os ônus inerentes ao pátrio poder, inicialmente fazendo um comparativo entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, esgotando ao caminhar do texto as maiores questões que envolvem a responsabilidade dos pais por atos ilícitos cíveis praticados por seus filhos menores.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Indenização. Ato Ilícito. Pais e Filhos. Poder Familiar.

ABSTRACT: This article refers to the deep doctrinal, jurisprudential and legislative analysis on the responsibility of parents for the crimes committed by their minor children, addressing the legal and social grounds for the occurrence of such responsibility, exposing from the concept of civil liability, even as excluding it. accountability. In this sense, it aims to clarify how it gives responsibility for civil unlawful acts practiced by minors or the parents' duties of monitoring and the burdens inherent in the control of power, having as priority the historical facts that surround this responsibility, as well as, making a comparison between the Civil Code of 1916 and 2002, exhausted when walking the text as major issues involving the responsibility of parents for illegal civil acts practiced by their minor children.

Keywords: Civil responsibility. Indemnity. Illicit Act. Parents and sons. Family Power.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade Civil 2.1 Dever de indenização . 2.2 Ato Ilícito. 3. responsabilidade civil dos pais no código civil de 1916 e no código civil de 2002. 3.1 civil pelos atos dos filhos menores e seus fundamentos. 3.2 Poder familiar. **4. Conclusão.** 5 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa trazer ao leitor a oportunidade de esclarecer a responsabilidade civil, inicialmente como um todo e, após, à luz da responsabilização dos pais por atos ilícitos cíveis praticados por seus filhos menores.

Inicialmente, insta elencar as disposições legais que tratam sobre a responsabilidade civil como um todo. Nos termos do art. 927 do Código Civil, aquele que por fato ilícito causa prejuízo a terceiros, tem o dever de repará-los no valor dos danos por ele suportado.

A fim de apurar indenização fundada em ilícito civil, não basta tão somente a ocorrência do fato, a comprovação de dano e o nexo causal; imperiosa a comprovação da culpa por parte do demandado.

Este ramo do direito é embasado na ideia de culpa, e visa quem é responsável pelos danos causados pelo ato ilícito praticado. Sua funcionalidade serve para suprir a existência das brechas do dano, visto que os filhos também podem gerar danos a terceiros, e que não podem responder por tais atos, já que são incapazes e na maioria das vezes não possuem meios de suprir tais danos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é subdivida em duas espécies: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é pautada na existência de culpa, nesse sentido, elenca-se que a subjetividade está pautada da obrigação de se responsabilizar o realizador do ato ilícito quanto a sua conduta, o dano causado. O Código Civil de 2002 traz, em seus artigos 186 e 187 que elencam:

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. 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.

Note-se que o texto extraído da legislação em vigor demonstra que a responsabilização subjetiva se aproxima da necessidade de culpabilidade, nexo causal e dano para que seja devida a reparação civil.

No intuito de conceituar a responsabilidade subjetiva, GONÇALVES (2019, p. 57), elucida que

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa.

A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

2.1. Dever de Indenização

A aceção trazida pelo doutrinador traz a responsabilização subjetiva, que é a regra na legislação vigente, demonstrando a culpa como elemento essencial para a formação do dever de indenizar. Importante elencar, ademais, que a culpa é pode ser formada pela ocorrência de negligência, imperícia e imprudência.

Em miúdos rasos, podemos conceituar a negligência como uma falta de um cuidado necessário para a realização da conduta, ou seja, seria a prática com desleixo, sem a observância de um dever de cuidado. Quanto à imprudência, esta está interligada à ausência de precaução, em suma, podemos exemplificar o ato de “furar” o sinal vermelho, que é a mais famosa situação trazida pelos doutrinadores. Já em se tratando da imperícia, esta é conceituada como a falta de habilidade que o agente deveria possuir, ou seja, é a falta da técnica que é imprescindível para a realização de uma atividade, uma exemplificação para tal instituto, seria um atuante da área de saúde que não possui qualificação técnica para a atividade ora realizada.

Em resumo, a responsabilidade civil subjetiva está atrelada à ideia de culpa, esta que pode ser subdividida em: negligência, imprudência ou imperícia.

Já em se tratando da responsabilidade objetiva, contrariamente ao elencado anteriormente, esta está atrelada à responsabilização de um agente, independente da preexistência de culpa. Quanto a tal instituto, o Código Civil de 2002 elenca hipóteses taxativas de aplicação.

Em conformidade com o artigo 987, parágrafo único, do Código Civil de 2002, “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”.

Pelas palavras de GONÇALVES (2019, p. 57), temos que:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.

Observa-se que, embora a legislação pátria não englobe a responsabilidade objetiva como sua regra geral, há elucidação sobre quando esta deve ser aplicada, respaldando este ato como uma responsabilidade emanada do próprio dever de cuidado do ato e do risco vinculado a este.

Nesse sentido, o artigo 932 do Código Civil de 2002, traz o seguinte texto:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Observa-se que o rol elencado anteriormente é taxativo, sendo exceções específicas às regras de responsabilidade subjetiva do Código Civil de 2002. Nesse sentido, dentre outros, temos que são responsáveis os pais, independente de culpa, pela reparação civil dos atos praticados por seus filhos menores sob sua autoridade e em sua companhia.

2.2. Ato Ilícito

Inicialmente, insta salientar que a responsabilidade objetiva dos pais está atrelada à incapacidade civil dos menores de idade, esta que está elencada nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, estes que determinam que os menores de 16 anos são absolutamente incapazes (artigo 3º) e os maiores de 16 e menores que 18 anos são relativamente incapazes (artigo 4º, inciso I). Nestes casos, o adolescente poderá ser representado (absolutamente incapaz) ou assistido (relativamente incapaz).

Nesse sentido, STOLZE e PAMPLONA (2020, p. 139 e 140) traz a enunciado lúdico sobre os absolutamente incapazes, esclarecendo o seguinte:

Assim, temos que, no vigente ordenamento jurídico, restam como absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos (menores impúberes). Abaixo desse limite etário, o legislador considera que a pessoa é inteiramente imatura para atuar na órbita do direito. É bom notar que não é correto dizer que apenas as crianças são absolutamente incapazes. Segundo o Estatuto da Criança e do

Adolescente, até os doze anos de idade incompletos considerase a pessoa criança.

Entretanto, conforme mencionado acima, os adolescentes até os dezesseis anos também são reputados absolutamente incapazes.

[...]

Registre-se, porém, que, na recente III Jornada de Direito Civil, realizada em novembro/2004 no Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado 138, proposto pelo Juiz Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, ressaltando: “Art. 3.º: 138 – A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. i do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”, o que se pode mostrar bastante razoável, notadamente em matéria de Direito de Família.

Não obstante os absolutamente incapazes estejam impossibilitados de responder por si, é de suma importância trazer entendimento no sentido de que, muito embora tal premissa esteja taxada no Código Civil de 2002, este entendimento não é absoluto, devendo ser observado que a declaração de vontade destes menores também possui sem valor jurídico, como elenca o autor.

Já quanto aos adolescentes relativamente incapazes, note-se que estes se encontram em um âmbito intermediário entre a plena capacidade civil e a incapacidade absoluta, portanto, não possuem pleno discernimento.

Nesse sentido, podemos retornando à responsabilidade civil dos pais para com os atos praticados por seus filhos menores, note-se que tal questão se baseia na ideia de ausência de capacidade plena desde adolescente, bem como, da aplicação do pátrio poder aos institutos familiares.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Para o pleno entendimento da construção da responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos cometidos por seus filhos, é de suma importância trazer a diferenciação do tratamento legislativo do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002.

No que tange a tal responsabilização, é interessante trazer para a discussão, a existência de uma discrepância entre a da idade dos relativamente incapazes e absolutamente incapazes para o Código Civil de 1916 e o de 2002, neste primeiro, consideravam-se como absolutamente incapazes os menores de 16 anos (artigo 5º, inciso I, do Código Civil de 1916) e relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 21 (artigo 6º, inciso I, do Código Civil de 1976).

O Código Civil de 1916, Lei número 3.071, de 1º de janeiro de 1916, vigente até 2002, tratava da responsabilidade civil ora elencada de modo diverso da atual legislação vigente. Na legislação normativa ora trazida, tinha-se que a responsabilização civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores trazia a responsabilização pela reparação de dano tanto para o filho, quanto para o pai. Neste sentido, o artigo 1.521 afirmava que os pais também seriam responsáveis pela reparação civil, quando os filhos estivessem “sob seu poder e em sua companhia”, tendo o artigo 1.523 complementado o enunciado anterior, determinando a responsabilidade solidária entre os filhos na hipótese supracitada.

Quanto ao elencado, BOMFIM (2011, <http://www.revistaseletronicas.fmu.br>), elucida o tema de forma mais abrangente, trazendo que

A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, nos moldes contidos no Código Civil de 1916, gerou inúmeras reflexões ao longo do tempo. Com evidente influência do direito francês, o diploma brasileiro asseverava em seu art. 1.521, I, serem os pais também responsáveis pela reparação civil quanto aos filhos menores que estivessem “sob seu poder e em sua companhia”. Enquanto o art. 1.518, parágrafo único, instituía a responsabilidade solidária dos pais juntamente com seus filhos, o art. 1.523, por sua vez, impunha à vítima o ônus da prova de que haviam os genitores do menor causador do dano concorrido para a ocorrência do evento danoso, por culpa ou negligência.

Podemos perceber que o Código Civil de 1916, em verdade, responsabiliza principalmente o menor relativamente incapaz, deixando a responsabilidade dos pais mais afastada, sendo aplicada somente quando ficar visível a culpa deste ou em detrimento da responsabilidade voltada para os absolutamente incapazes, nos termos dos artigos 1.518, 1.521, e 1.523 da respectiva norma, ficando visível que não se tinha a responsabilidade objetiva, como atualmente ocorre, mas a subjetiva.

Quanto ao elencado pelo Código Civil de 2002, vigente atualmente, em conformidade com o parágrafo único do seu artigo 927 cumulativamente com seu o artigo 932, não há de se falar na existência de qualquer responsabilidade para o menor, seja ele relativamente ou absolutamente incapaz, devendo ser levado em consideração que para a responsabilização dos pais é imprescindível que estes filhos melhores estejam sob sua autoridade e companhia, nos termos do final do artigo 932, inciso I, da norma vigente, sendo desnecessária a comprovação de sua culpa para tal responsabilização.

Podemos chegar à conclusão que, em regra, o Código Civil de 2002 é de que inexistente a responsabilização dos filhos, sendo os responsáveis pela reparação dos danos exclusivamente os seus pais.

3.1. Civil pelos atos dos filhos menores e seus fundamentos

Como já se pôde observar, devem os pais responderem pelos atos praticados por seus filhos menores. Com fulcro de instituir um embasamento doutrinário sobre o tema, elenca-se a disposição trazida por TARTUCE (2020, p. 594):

Quanto ao inc. I do art. 932 do CC/2002, na minha opinião, para que o pai ou a mãe responda pelos danos causados pelo filho, deve ter o último sob sua autoridade e companhia, nos exatos termos do que enuncia o texto legal. A par dessa conclusão, o pai que não tem a guarda efetiva do filho não poderá responder. Nesse sentido, entendeu, no passado, o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO, Apelação Cível 92.479-0/188 – 200502256367, DJ 03.03.2006).

De qualquer maneira, a questão não é pacífica, e foi amplamente debatida com outros professores, tanto na I Jornada Paulista de Direito Civil, promovida pela Escola Paulista de Direito em São Paulo, quanto no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM em Belo Horizonte. Ambos os eventos ocorreram em outubro de 2005, ou seja, nos anos iniciais de vigência do Código Civil em vigor.

A partir desses debates acadêmicos, ficou constatado que o entendimento aqui esposado é seguido por Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e José Fernando Simão – este último, conforme tese de doutorado defendida na USP, tratando da responsabilidade civil do incapaz.. Entretanto, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Berenice Dias e Giselle Groeninga, por exemplo, entendem que aquele que não tem a guarda deve responder, pois também é responsável pela educação do filho

Embora já tenha sido demonstrada a responsabilidade objetiva quanto ao dever dos pais repararem os danos causados por seus filhos, nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil de 2002, é de suma importância trazer os fundamentos que respaldaram o legislador a instituir este entendimento. Em consonância com tal disposição, podemos trazer como fundamentos: o poder familiar, capacidade civil, dever de guarda do menor.

3.2. Poder familiar

Inicialmente, em se tratando do poder familiar, também conhecido como pátrio poder, este se caracteriza como o poder exercido pelos pais em face dos filhos, também sendo chamado de poder paternal. Tal instituto não é absoluto quanto à responsabilização, devendo ser entendido como um critério ponderador ao disposto no final do inciso I, do artigo 932 do Código Civil, estando apenas respaldado como um norte para o fundamento do legislador. O pátrio poder está intrinsecamente interligado ao Direito Romano, sendo este caracterizado pela hierarquia existente entre os pais e os filhos.

Quanto a tal instituto, podemos afirmar que há a ligação direta com o dever de guarda do menor, tendo em vista que conforme preceitua o artigo supracitado, os pais somente devem ser responsabilizados quando os filhos estiverem sob sua guarda e, conseqüentemente, responsabilidade.

Em relação à capacidade civil, ou neste caso podemos denominar de incapacidade civil, esta está interligada à impossibilidade dos menores responderem por seus atos, nesse sentido, os pais, na companhia e sob a autoridade dos seus filhos, respondem pelos atos destes tendo em vista que não há a capacidade plena para a produção e validação dos seus atos, basicamente, tal fundamentação se volta às disposições inerentes a própria existência de um contrato civil.

Ademais, com fulcro de explicar de forma da forma mais abrangente possível, podemos afirmar a existência, ainda, de responsabilidade de avós quanto a atos praticados pelo menor de idade. Nesse sentido, temos a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ. REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO. 1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes. 2. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó de menor que dirigiu veículo automotor, participando de "racha", ocasionando a morte de terceiro. A preliminar de ilegitimidade passiva dos réus, sob a alegação de que o condutor do veículo atingiu a maioridade quando da propositura da ação, encontra-se preclusa, pois os réus não interpuuseram recurso em face da decisão que a afastou. 3. Quanto à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente a responsabilização das mesmas, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. 932, I, e 933 do CC. 4. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação ao atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto a exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ. 5. Em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. A insurgência quanto a exclusão da responsabilidade da avó, a quem, segundo os recorrentes, não poderia se imputar um dever de vigilância sobre o adolescente, também exigiria reapreciação do material fático-probatório dos autos. Incidência da

súmula 7/STJ. 6. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária a partir desta data (Súmula 362/STJ), e juros moratórios a partir da citação, conforme determinado na sentença (fl. 175), e confirmado pelo Tribunal de origem (fls. 245/246). 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

Importante salientar que o respaldo para a responsabilização ora ocorrida este intrinsecamente interligado ao dever de vigilância, o qual a avó, no caso concreto, embora temporariamente, se incumbiu de assegurar. Note-se que a respectiva decisão embasa os fundamentos que tratam sobre a responsabilidade de uma babá, por exemplo.

4. CONCLUSÃO

Ante exposto, o presente artigo demonstrou de modo abrangente como se dá a responsabilização dos pais pelas atitudes ilícitas do ponto de vista cível praticados pelos seus filhos, fazendo a elucidação das principais vertentes que tratam sobre o tema, expondo desde o conceito matriz de responsabilidade civil.

Nesse sentido, temos que a responsabilização na esfera cível pode ocorrer de forma subjetiva (devendo haver culpa) ou objetiva (independente de culpa), sendo a responsabilidade dos pais pelos atos praticados por seus filhos enquadrados na responsabilidade objetiva, esta que está elucidada no artigo 932, inciso I, do Código Civil de 2002.

O respectivo dever de indenizar os danos causados possui diferenças importantes entre o Código Civil de 2002 e o de 1916, este que impunha a obrigação também para o filho, diferente do que ocorre atualmente, onde esta responsabilização ocorre em circunstâncias extremas, tendo em vista que é dever dos pais vigiar os seus filhos.

Assim sendo, a construção do dever de reparação até o presente momento passa por uma construção de formação, embora tenhamos vasto conteúdo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

5. REFERÊNCIAS

Gonçalves, Carlos Roberto Responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

Gagliano, Pablo Stolze ; Pamplona Filho, Rodolfo Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Tartuce, Flávio. Responsabilidade civil / Flávio Tartuce. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BOMFIM, Silvano Andrade do. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES. MU DIREITO - Revista Eletrônica, 2011. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/150>>. Acesso em: 07 de julho de 2020.

OLIVEIRA, Jaqueline Santos. Responsabilidade Solidária e Subsidiária das Empresas, Grupo Econômico e Sucessão de Empregadores. Jusbrasil. Publicado em 2017. Disponível em <<https://jaquesoliver.jusbrasil.com.br/artigos/351057494/responsabilidade-solidaria-e-subsidiaria-das-empresas-grupo-economico-e-sucessao-de-empregadores>> Acesso em 07 de julho de 2020.

TRT-6 – RO: 372200633106000 PE 2006.331.06.00.0. Relator: Nise Pedrosa Lins de Sousa. Data de Publicação: 07/11/2017. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5252677/recurso-ordinario-ro-372200633106000-pe-200633106000?ref=serp>>. Acesso em: 07 de julho de 2020.

TJ-DF 20160110214197 DF 0006571-56.2016.8.07.0001, Relator: Josapha Francisco dos Santos, Data de Julgamento: 11/04/2018, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 20/04/2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569313931/20160110214197-df-0006571-5620168070001?ref=serp>>. Acesso em: 08 de julho de 2020.

GOMINHO, Leonardo. Responsabilidade civil dos pais por atos praticados pelos filhos menores. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/325854683/responsabilidade-civil-dos-pais-por-atos-praticados-pelos-filhos-menores>>. Acesso em: 08 de julho de 2020.

KAC, Fernanda e PINTO, Douglas Guzzo. A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores na Internet. Migalhas, 28 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/282629/a-responsabilidade-civil-dos-pais-pelos-atos-dos-filhos-menores-na-internet>>. Acesso em: 08 de julho de 2020.

STJ - AgRg no Ag: 1239068 RJ 2009/0193964-6, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 19/09/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468078750/agrg-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1239068-rj-2009-0193964-6?ref=serp>>. Acesso em: 08 de julho de 2020.

[1]Bacharelado em Direito pela Universidade CEULM/ULBRA – Centro Universitário luterano de Manaus (e-mail: ramirroluna@rede.ulbra.br)

DIREITO ADMINISTRATIVO: CONTRATAÇÕES DO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

ELWIS ERONN BATISTA DE SOUSA:
Graduando do curso de Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus – Ulbra.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a administração pública, no que tange aos procedimentos de compras e contratações governamentais realizadas pelo estado, visando o seu funcionamento e atendimento das demandas sociais, que refletem diretamente em nossa sociedade, como a Saúde, Educação, Segurança e Economia. Os dispositivos a serem analisados são os art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93 de 21.06.1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, onde irei enfatizar a sua importância, os requisitos legais, alguns números em uma grande capital Brasileira, e o ponto de vista do controle interno e externo.

Palavras-chave: Administração Pública. Compras Governamentais. Dispensa de Licitação.

Sumário: 1. Introdução. 2. Enfatização da lei e seus artigos. 2.1. A importância da dispensa de licitação e suas ressalvas no âmbito da Administração pública e no Direito Administrativo. 2.2. Número de contratações através da dispensa de licitação de um Estado da Federação e sua Capital. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A estrutura pública, formada pelo executivo, legislativo e judiciário, precisa obviamente funcionar de maneira eficiente, havendo à necessidade de realizar compras de materiais e contratação de serviços, seguindo a legislação em vigor, destacando-se a Lei nº 8.666/93 de 21.06.1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e, dentro desse contexto existe um procedimento que chama muita atenção, descritas no art. 24 e 25 da referida Lei, que são as contratações por dispensa e inexigibilidade de licitação.

Atualmente, em virtude do maior controle, através das mídias sociais e do cidadão, controle externo como o Tribunal de Contas e Ministério Público, tem-se observado a atuação dos gestores públicos e seus atos no que tange a realização ou deflagração de licitação para contratações de serviços e compras de materiais que é o procedimento comum e o recomendado, entretanto, ao utilizar outros meios legais para contratação como o art. 24 e 25, os mesmos ficam sob a lupa de um controle maior, por justamente adotar essa modalidade em seus procedimentos.

2. ENFATIZANDO A LEI E SEUS ARTIGOS.

A LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras,

alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No tocante aos artigos, cito alguns pontos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

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;

[...]

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico,

diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato [...]

2.1. A IMPORTÂNCIA DA DISPENSA DE LICITAÇÃO E SUAS RESSALVAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

É necessário esclarecer alguns pontos, a dispensa de licitação não poderá ser um procedimento comum, praticado em excesso ou sem a devida justificativa, sempre há que se deixar claro a necessidade do cumprimento de todos os requisitos, princípios legais e formalismo necessário, pois o gestor público precisa ser dotado de responsabilidade com o dinheiro público, adotando planejamento eficiente para atender as demandas que lhe cabem, logo, em razão do procedimento dispensar alguns requisitos comum para contratação através de procedimento licitatório, e, considerando alguns casos de corrupção, o ato na visão externa de algumas “pessoas”, acabam sofrendo uma certa “banalização”, como se o ato demandasse para possíveis ilegalidades, logo, é preciso considerar que se o gestor público cumprir todo os ritos legais, no ensejo de cumprir com suas obrigações finalísticas, não há nenhuma ilegalidade.

Isto posto, na administração pública o planejamento é crucial, principalmente no que tange à contratação de serviços e compras de materiais, para escolas, hospitais, investimento em infraestrutura e segurança pública, logo, existem eventos que podem surgir emergencialmente como, crises migratórias, surto de doenças ou viral (Ex: COVID-19), catástrofes ambientais, interrupção dos serviços essenciais por alguma empresa, por conseguinte, fica a pergunta, como agir o gestor público diante dessas inúmeras possibilidades? Eis a defesa dos referidos dispositivos da lei, obviamente, devidamente justificados e norteado pelos princípios legais, pois não haveria tempo necessário para instalar um procedimento, dotado de formalismo e burocracia, cuja função vem do excessivo rigor formal introduzido pela Lei no 8.666.

De acordo com **José Junior Calasans (2015)**, a licitação é regra e pressuposto de toda contratação pública. Nos termos da Constituição, nenhuma obra, serviço ou fornecimento pode ser contratado por qualquer órgão público senão através do correspondente procedimento licitatório, “ressalvados os casos especificados na legislação” (art. 37, inciso XXI). Importa então, verificar quais são esses casos. São de duas categorias. Na primeira, situam-se as hipóteses em que, por razões decorrentes de circunstâncias ponderáveis, ou de conveniência administrativa, a exigência do procedimento pode ser relevada. São os casos de dispensa da licitação. Para que se legitime a contratação direta, entretanto, impõe-se avaliar os aspectos favoráveis e desfavoráveis à realização do procedimento. Em outras palavras:

deve o administrador público ponderar os custos envolvidos na realização da licitação (tempo de processamento, despesas de publicação, de avaliações e testes, custo do pessoal administrativo envolvido etc.) e os benefícios que dela poderão decorrer (o certame propicia, em tese, a obtenção da melhor condição para o contrato). (**Junior, Calasans, José. 2015**)

Ainda de acordo com **José Junior Calasans (2015)**, se essa avaliação mostrar prevalência dos custos sobre as vantagens justifica-se a contratação direta, porque estará atendido o interesse público. Na segunda categoria, elencam-se situações em que a realização do procedimento licitatório mostra-se absolutamente inviável, pela impossibilidade de se estabelecer a competição. Diferentemente dos casos de dispensa, em que razões de conveniência ou interesse público podem justificar a não realização do procedimento, aqui a licitação é de todo impossível, porque ausente a sua própria razão de ser – a possibilidade de escolha entre alternativas igualmente aptas a atender ao interesse da Administração. Na primeira situação (hipóteses de dispensa), a lei indica, taxativamente, em que casos o administrador público pode deixar de fazer a licitação. Na segunda (casos de inexigibilidade), cabe ao administrador demonstrar a impossibilidade do procedimento, pela inexistência de alternativas, ou absoluta inviabilidade da competição. Em seu art. 25, a Lei no 8.666 trata da inexigibilidade da licitação. Diferentemente da dispensa, a inexigibilidade significa a impossibilidade da realização do procedimento licitatório, pela singela razão de sua inviabilidade. Ao contrário da listagem do art. 24, as hipóteses do art. 25 são meramente exemplificativas (“em especial...”, diz o dispositivo). Sempre que não for possível estabelecer-se competição entre potenciais interessados na execução da obra, serviço ou fornecimento a ser contratado, não há como realizar o procedimento licitatório. Assim ocorrerá, por exemplo, quando se deseja adquirir certo bem que só pode ser fornecido por “produtor, empresa ou representante comercial exclusivo” (hipótese do inciso I do art. 25). (**Junior, Calasans, José. 2015**).

Já o autor **Carvalho Filho (2011)** retrata que é essencial compreender que os casos em que a licitação é “dispensada” com os casos em que a licitação é “dispensável”. As hipóteses em que a licitação é “dispensada” são aquelas em que, por interesse público, há a ausência de necessidade de competição para a contratação do objeto, tratando-se de ato vinculado; enquanto os casos de licitação “dispensável” há viabilidade de competição, entretanto o legislador flexibiliza permitindo que, em determinadas situações, a Administração contrate sem a obrigatoriedade constitucional de licitar, ou seja, trata-se de ato discricionário (**CARVALHO FILHO, 2011**).

2.2. NÚMERO DE CONTRATAÇÕES ATRAVÉS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO.

Na presente amostragem, é possível constatar que muita embora o Estado tenha decretado estado de emergência por conta da COVID-19, foi possível observar um certo equilíbrio nas contratações através dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, com as demais modalidades de contratação da Lei 8.666/93, entretanto, não podemos desconsiderar que as duas modalidades juntas equivalem a 17,69 % do montante, equivalente a R\$ 631.300.00

(seiscentos e trinta e um milhões e trezentos mil reais). Os números serão auditados pelo controle externo futuramente, não cabendo avaliar a conveniência administrativa para os atos.



Figura 1 – Governo do Estado do Amazonas

Fonte: <https://www.e-compras.am.gov.br/publico/> Acesso: Outubro/2020.

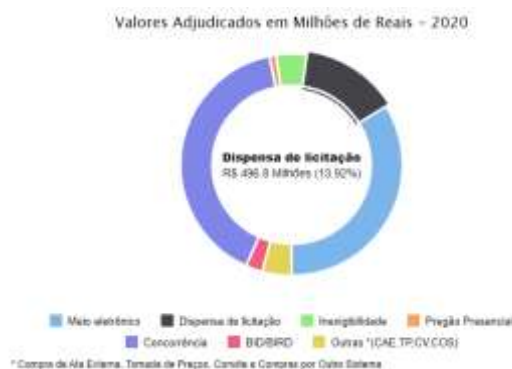


Figura 2 – Governo do Estado do Amazonas

Fonte: <https://www.e-compras.am.gov.br/publico/> Acesso: Outubro/2020.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo foi defender o instrumento da dispensa de licitação no âmbito da administração pública, uma corrente não muito usual, quando se procura material sobre o tema, entretanto, tentei demonstrar que mediante o cumprimento dos princípios legais e desde que sejam devidamente justificados, o presente instrumento é devidamente aceitável, e o gestor público não pode se privar de atender as duas demandas voltadas para sociedade, que exijam intervenção, como situações de crises imigratórias, surto de doenças, catástrofes ambientais, interrupção dos serviços essenciais por alguma empresa, exclusividade na compra de medicações. A administração pública, precisa ser eficiente.

4 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Floriano de. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. In: modesto, Paulo (org.). NOVA Organização Administrativa Brasileira. Belo Horizonte: Editor Fórum, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos. **Manual de Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2011.

Junior, Calasans, José. **Manual da Licitação: Orientação Prática para o Processamento de Licitações**, com Roteiros de Procedimento, Modelos de Carta-Convite e de Editais, de Atas de Sessões Públicas e de Relatórios de Julgamento de Propostas, 2ª edição, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA: O DELEGADO DE POLÍCIA COMO PRIMEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ALESANDRA DE ARAÚJO BATISTA:
Graduanda do 10º período do curso de Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA¹²²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo a abordagem a respeito da enorme importância de uma carreira por muitas vezes desvalorizada dentro das carreiras jurídicas: a de delegado de polícia. Em se tratando de uma carreira que impõe ainda mais fortemente ao servidor o dever da fiel observância dos trâmites legais para a condução de suas atribuições – como vemos refletida na produção de provas, por exemplo – temos que a sua atuação é muito importante para resguardar a ordem social e jurídica vigente no país. Além disso, durante a condução da prisão do acusado, torna-se muito importante que o delegado de polícia, assim como os demais servidores da delegacia, observem a execução dos trâmites dentro dos parâmetros legais, em especial os que dizem respeito a garantia de direitos fundamentais, para que prisões de acusados que deveriam estar recolhidos no presídio não se deixem ser anuladas por serem consideradas ilegais em decorrência da maneira que foram executadas, ou seja, da forma.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Polícia, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Atuação.

ABSTRACT: This article aimed to approach the enormous importance of a career that is often devalued within legal careers: that of police chief. In the case of a career that imposes even more strongly on the server the duty of faithful observance of legal procedures for the conduct of his duties - as we see reflected in the production of evidence, for example - we have that his performance is very important to safeguard the social and legal order in force in the country. In addition, while conducting the accused's arrest, it becomes very important that the police chief, as well as the other police officers in the police station, observe the execution of procedures within the legal parameters, especially those that concern the guarantee of rights fundamental, so that arrests of defendants who should be held in the prison are not allowed to be annulled because they are considered illegal due to the way they were executed, that is, the form.

KEYWORDS: Law; Police; Human rights; Fundamental Rights; Performance

INTRODUÇÃO

¹²² Professor orientador da Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO.

Ao cargo de delegado de polícia, recai uma enorme responsabilidade: indicar, de forma coesa, os indícios que o levam a acreditar que tal pessoa cometeu o crime sob sua investigação. Para isso, é necessário que se façam diligências para a elucidação dos fatos, uma vez que estas demonstrarão o convencimento do delegado naquele indiciamento.

No entanto, a condução de diligências durante a investigação nem sempre é feita de forma legal. É necessário que o inquérito policial respeite aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, por mais que parte destes direitos sejam relativizados buscando a eficácia da lei penal e os interesses da coletividade.

Por ser o presidente do inquérito de polícia como dispõe o artigo 4º e seguintes do CPP, é responsabilidade do delegado de polícia prezar pela obediência da Constituição, cabendo a interpretação do Código de Processo Penal à luz constitucional, para evitar que certas violações de direitos e garantias fundamentais existam, tais como a decretação (irregular) da incomunicabilidade do preso, conforme dispõe o CPP – artigo que não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Como continua na lei, é possível que um leigo auxiliar do dia a dia da delegacia acredite ser viável a incomunicabilidade do preso por conta da circunstância e de quem ele é (se possui maus antecedentes ou reincidência, por exemplo).

Por isso, a pesquisa justifica-se na tentativa de elucidar e demonstrar os deveres do delegado, não como perseguidor da pessoa do acusado, mas sim aquele que quer elucidar os fatos e garantir que todos os direitos fundamentais inerentes do acusado sejam respeitados, ressalvadas as hipóteses em que, por interesse da coletividade e da ordem pública, se faz necessária a relativização de direitos, como o caráter inquisitivo do inquérito, por exemplo.

No primeiro item, o trabalho apresentará um breve histórico a respeito da atuação do delegado de polícia, de maneira que pretende-se demonstrar que função que hoje é exercida pelo delegado de polícia está presente, de alguma maneira, em toda a história do Brasil – por mais que, inicialmente, não houvesse a carreira de delegado de polícia propriamente dita.

Após isso, no segundo item deste trabalho, será abordado o impacto da Constituição Federal da República dentro da carreira do delegado de polícia, uma vez que, a partir da sua promulgação, existem garantias constitucionais dadas ao processo penal e aos apenados, que anteriormente a ela não existiam.

Nesse sentido, o processo penal passou a respeitar os direitos fundamentais dos acusados, procurando respeitar vários direitos como o contraditório, a ampla defesa e a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Por fim, o terceiro tópico do presente trabalho discutirá a respeito da atuação da polícia judiciária em prol da comunidade, uma vez que a polícia judiciária, como veremos, é a que mais chega perto do que realmente ocorreu naquele contexto de crime, uma vez que é a polícia judiciária que realiza a investigação daquele crime.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA

A Polícia Civil, aqui representada por meio da figura do delegado de polícia, é peça fundamental para a concretização de diversos direitos sociais e fundamentais.

Sua atuação na resolução de crimes traz dignidade as famílias das vítimas, resolve – em um primeiro momento - a controvérsia a respeito de quais são os prováveis fatos em que se deu a execução daquele crime, além de trazer o seu contexto, indicando os prováveis motivos do crime, podendo, inclusive, conectar a ocorrência de um crime a outro com mesmo autor e modus operandi, por exemplo.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a atuação do delegado de polícia defende alguns dos direitos mais importantes ao cidadão, como seu patrimônio, sua integridade física e a liberdade, por exemplo:

No curso de sua atividade diuturna, a autoridade policial lida diretamente com direitos muito caros ao cidadão: imagem, liberdade, integridade física, patrimônio, dentre outros. É responsabilidade do delegado estar atento à observância da Constituição Federal e da legislação de regência quando da prática de seus atos e os de sua equipe, de forma a não vilipendiar os direitos escritos com pena de ouro pelo legislador constituinte e as regras de procedimento grafadas na legislação infraconstitucional

Feitas essas considerações, a partir de agora adentraremos a um breve histórico a respeito da atuação da autoridade policial a partir do tempo, e veremos como suas competências evoluíram a partir da evolução do contexto social e jurídico em que a sociedade estava inserida.

Desde as origens do direito brasileiro, sempre houve alguma forma de investigação preliminar dentro do Brasil colônia. Assim, a função do delegado de polícia pode ser entendida como inserida no contexto jurídico desde o início do direito brasileiro, mais um fato em que resta demonstrado a sua importância a ordem jurídica.

Inicialmente, o Brasil colônia tinha dois tipos de investigação: a devassa e a querela. A devassa era uma investigação ordinária, sem preliminar indicação de autoria ou de indícios de autoria delituosa, ao passo que a querela era uma investigação sumária, ou seja, com prévia indicação de autoria ou seus indícios

Importante ressaltar que, nesse primeiro momento, a função que hoje é reservada ao delegado de polícia, ou seja, a de investigação de materialidade e autoria, era feita pelo juiz, que tinha acumuladas as funções que hoje são atribuídas ao delegado de polícia e a que lhe é casta ainda hoje, ou seja, a de analisar os fatos e dar a decisão.

Até então, não havia uma polícia dedicada exclusivamente a investigação de delitos, embora houvesse outros tipos de polícia no Brasil colônia, como as polícias ostensivas

Essa configuração, no entanto, foi se demonstrando inadequada ao longo do tempo. Isso porque não havia polícias dedicadas a investigação dos delitos e deixar essa condução a cargo do juiz revelava-se cada vez mais inadequado, uma vez que o juiz se tornava um juiz inquisidor, ou seja, ele apresentava as provas e julgava.

A figura do juiz inquisidor era temerária, uma vez que não havia paridade de armas entre o acusado e o Estado, ali representado pelo juiz. Não havia muitas chances de o acusado convencer ao juiz que os supostos indícios encontrados contra ele não procediam, vez que havia algum vício na coleta daqueles dados, por exemplo.

Além disso, o convencimento do juiz já encontrava-se formado: ao atuar ativamente na coleta de provas contra o acusado, macula-se qualquer chance de um juízo de valor imparcial por parte do juiz, de maneira que essa configuração por parte do direito feria direitos hoje considerados como fundamentais, tais como o afetivo contraditório e ampla defesa, direitos estes consagrados hoje com status de proteção constitucional.

A primeira configuração de polícia com o objetivo de executar as investigações criminais surgiu apenas a partir de 1808. Isso porque a partir dessa data é que foi criada a Intendência Geral de Polícia, cuja chefia era desempenhada por um desembargador, nomeado Intendente Geral de Polícia, com status de ministro de Estado.

Já a partir de 1827, houve algumas mudanças nas persecuções penais. A ideia era afastar a centralização do poder que a persecução penal trazia ao monarca, de maneira que os juízes de paz tinham as mesmas funções que aqueles anteriores, porém eram eleitos nas comunidades:

[...] introduziu o juiz de paz previsto na Constituição de 1824, com atribuição policial e judiciária, e extinguiu os delegados de polícia. A principal diferença entre os delegados de polícia e os juízes de paz vinha da origem da autoridade judicial. Enquanto a autoridade do intendente e do comissário emanava do monarca, a do juiz de paz vinha da eleição na localidade. (BONELLI, 2003, p. 6-7 APUD PERAZZONI, 2013)

A figura do juiz inquisidor, diferente do modelo de juiz do nosso Estado de Democrático de Direito atual, continuou e foi ratificado pelo Código de Processo Criminal de 1832, conferindo novamente a mesma pessoa a incumbência de julgar e efetuar o levantamento das provas de indício e materialidade dos crimes.

Só a partir de 1841 é que houve a atribuição explícita das competências do delegado de polícia no direito brasileiro. Os chefes das autoridades policiais deveriam ser nomeadas dentre juízes e cidadãos respeitáveis, e as denominações destas autoridades seriam Chefe de Polícia, Delegado de Polícia e Subdelegado de Polícia, respectivamente o primeiro, segundo e terceiro em comando daquelas atribuições.

Para Zaccariotto (2005, p. 60-61 APUD Perazzoni, 2013), a reforma a qual enfrentou a Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária em 1842 teve algumas falhas. Entre elas, o autor cita a falta de separação das funções judiciais e executivas, que, nesse momento, continuam nas mãos das mesmas pessoas, maculando assim o contraditório e ampla defesa efetivos:

À polícia judiciária de então, quase sempre exercida por magistrados togados, competia mais que a apuração das infrações penais (função

criminal), cabendo-lhe também o processo e o julgamento dos chamados “crimes de polícia” (função correcional) [...] Falhou a reforma, destarte, precisamente por não realizar a separação, já há tempo veementemente reclamada, entre as funções judiciais e policiais (executivas), que continuaram em mãos únicas [...] Quase três decênios de protestos e inúmeros projetos legislativos foram necessários para reverter os excessos perpetrados por meio das mudanças em comento [...]

Como bem ressaltado pelo autor, a concentração do poder de julgar e da persecução penal abrem brechas para a execução de vários excessos por parte das autoridades estatais, violando direitos que a época não eram considerados como fundamentais, mas que no atual Estado de Direito brasileiro são muito importantes e dispostos no art. 5º da Constituição Federal.

A separação das funções de julgamento e investigação criminal só foram ocorrer a partir de 1871, trazendo importantes avanços de direitos humanos, como a vedação de julgamento por parte das autoridades policiais de qualquer tipo de ilícito penal, reservando-se essa incumbência a autoridade julgadora.

Pontes Filho (2020) esclarece que a Polícia Civil no Estado do Amazonas teve como primeiro juiz municipal – incumbido também da administração da polícia – o vereador Henrique João Cordeiro. Há também algumas curiosidades a respeito dos próximos chefes de polícia do Estado:

No Amazonas, à época Comarca do Alto Amazonas, que integrava a Província do Pará, a fim de dar efetividade ao Código de Processo Criminal do Império (1832), foi escolhido, em 03/01/1834, o vereador Henrique João Cordeiro para função de juiz municipal, a quem coube também administrar a polícia, com o título de Chefe de Polícia, sendo, portanto, o primeiro a ocupar a função. No tocante ao período posterior à elevação da Comarca à categoria de Província (1850), assumiu a função de Chefe de Polícia, a partir de 1852, o juiz de direito Manoel Gomes Correa de Miranda, pois a legislação à época estabelecia que o juiz devia acumular a chefia de polícia e ainda os foros da Fazenda. Posteriormente, com a criação do cargo de Chefe de Polícia para a Província do Amazonas, por meio do Decreto régio de 3 de fevereiro de 1854, o Imperador nomeou o bacharel Policarpo Nunes Leão, juiz de direito, para ocupá-lo, o qual iniciou o efetivamente o exercício a partir de 13 de dezembro daquele ano. Desse modo, a Província do Amazonas, que contava à época com cerca de 50 mil habitantes, teve como primeiro Chefe de Polícia nomeado pelo império o Juiz Policarpo Leão, natural da Bahia.

Dessa forma, observamos que a carreira de delegado de polícia sofreu inúmeras mutações de acordo com o tempo e as novas legislações que iam surgindo. Com a Constituição Federal de 1988, isso não foi diferente.

O próximo tópico abordará de maneira mais aprofundada a respeito das alterações constitucionais trazidas pela Constituição Federal de 1988, com ênfase no paralelo de como essas

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CARREIRA DO DELEGADO DE POLÍCIA

Como vimos anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras mudanças a carreira de Delegado de Polícia, seja direta ou indiretamente.

Isso porque com os direitos e garantias fundamentais dispostos no artigo 5º, houve mudanças significativas no ramo do direito penal e processual penal. Logo, a carreira precisou se adequar a estas garantias constitucionais.

Atendo-se apenas aos fundamentos da Constituição Federal de 1988, podemos depreender que a Dignidade da Pessoa Humana é valor muito importante ao constituinte, uma vez que este fundamento se encontra junto a outros muito importantes a todo o povo brasileiro, como a soberania, cidadania e o pluralismo político:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

V - o pluralismo político.

Dessa forma, podemos depreender que o constituinte tem por principais objetivos a condução de uma sociedade que respeite valores de direitos humanos, e isso se reflete diretamente nas carreiras jurídicas, mas nesse caso em especial, mais ainda na de delegado de polícia.

Para Corrêa (2008), a atribuição e competência de reprimir as práticas de infrações penais é dada pela Constituição Federal de 1988, por meio do art. 144, parágrafos 1º e 4º:

O poder de polícia, a cargo da Administração Pública, é exercido por duas modalidades de polícias distintas: a polícia administrativa e a polícia judiciária. Os objetos dessas polícias são distintamente previstos tanto na carta magna quanto na legislação extravagante. Cada qual persegue fim diferente, apresentando como traço diferenciador o fato de a polícia administrativa atuar preventivamente - a fim de evitar que o crime aconteça - e a polícia judiciária dirigir a

investigação criminal, buscando a elucidação dos delitos já cometidos.

É a polícia judiciária, formada pelas Polícias Cíveis Estaduais e Federal, que cumpre a repressão à prática de infrações penais, conforme preleciona o art. 144, parágrafos 1º e 4º da Constituição Federal⁴.

Nesse sentido, verificamos a importância da Polícia Judiciária para a investigação dos crimes, porém com um viés constitucional, que seria o respeito as garantias constitucionais que refletem no direito processual penal.

Um exemplo dessas garantias pode ser verificado, por exemplo, por meio da interpretação do artigo 21, do Código de Processo Penal, à luz da Constituição Federal de 1988.

O art. 21 do Código de Processo Penal trazia a possibilidade de o delegado de polícia optar pela decretação da incomunicabilidade do preso, desde que haja seu pedido expresso ao juiz e “quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”.

Como o Código de Processo Penal é anterior a Constituição Federal da República, entende-se que este artigo não foi recepcionado pela nova Carta Magna, uma vez que o art. 136, parágrafo 3º, inciso IV proíbe, expressamente, a incomunicabilidade do preso.

É importante que tal proibição encontra-se consagrada mesmo em situações extremas como é o caso do estado de sítio, que é um dos eventos mais graves que a nação poderia passar.

Assim, com a importância dada a garantias de direitos humanos para com os investigados – como foi o caso que acabamos de verificar, com a impossibilidade de incomunicabilidade do preso – cabe tecermos algumas considerações a respeito da atuação da polícia judiciária em prol da comunidade, uma vez que interessa a todos os esclarecimentos a respeito de atos penalmente relevantes.

3 ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA EM PROL DA COMUNIDADE

Para compreendermos de que maneira a polícia judiciária pode auxiliar a comunidade, é necessário compreendermos de que maneira o inquérito policial funciona. Para isso, é necessário primeiramente a diferenciação dos tipos de polícia existentes: a polícia administrativa e a polícia judiciária. O poder de polícia, em sua forma pura, é dividido entre poder de polícia administrativo e poder de polícia judiciário.

De forma simplificada, podemos dizer que o poder de polícia administrativo é aquele que incide sobre os bens das pessoas; ele tem função fiscalizadora e preventiva, não cabendo a ele a investigação e persecução de infrações penais. Esgota-se no âmbito administrativo.

Já a polícia judiciária tem por objetivo reprimir a prática das infrações penais, conforme entendimento de Corrêa (2008): “é a polícia judiciária, formada pelas Polícias Cíveis

Estaduais e Federal, que cumpre a repressão à prática de infrações penais, conforme preleciona o art. 144, parágrafos 1º e 4º da Constituição Federal”

Segundo a Constituição da República, por meio do artigo 144, parágrafo 4º, é dever do delegado de polícia a apuração das ações penais de caráter comum, excluídas de sua apreciação os crimes especiais – militares.

Neste sentido, Rebelo (2016) afirma que “cabe ao delegado realizar a primeira análise acerca dos atributos e parâmetros de legalidade conferidos pela doutrina administrativista ao Poder de Polícia”.

Tais atributos consistem em: discricionariedade, auto executoriedade e coercibilidade (MARINELA, 2013, p. 235 APUD REBELO, 2016). Corrêa (2008) entende que o inquérito policial tem caráter elucidativo dos fatos, não predominantemente acusatório:

Importa frisar que a investigação preliminar tem por escopo elucidar um evento criminoso, verificando sua real existência e/ou materialidade e buscando a identificação de seu autor. Todavia, a atuação da polícia judiciária, como pré-processual que é, deve ater-se à coleta de todas as provas necessárias à elucidação do fato, sirvam estas ou não a acusação

Por mais que haja o entendimento formado de que o inquérito policial é dispensável ao processo penal, são raros os casos em que não há a presença do inquérito. Tal entendimento é corroborado por Corrêa (2008):

Disseminado o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Inquérito Policial configura peça meramente informativa, reforçando sua prescindibilidade para instauração da ação penal. Todavia ao longo dos anos a realidade prática vem mostrando que raríssimas são as ações penais interpostas sem o auxílio e provas alcançados pelo IP e inúmeros os julgamentos cuja condenação se baseava, quase com exclusividade, nas provas produzidas pelo caderno investigativo

Nesse sentido, evidencia-se ainda mais a importância da figura do delegado de polícia, uma vez que, por ter o dever de presidir o inquérito, assegura que ele seja feito sob a égide da legalidade e com a observância de todos os princípios que lhe são peculiares.

Segundo Corrêa (2008), a polícia judiciária é a instituição que mais se aproxima a verdade natural do fato, uma vez que é a primeira a ter contato com o crime a partir da sua realização:

Por oportuno, observa-se ser a polícia judiciária instituição que mais se aproxima da verdade natural do fato, porquanto é a primeira a ter contato com o crime a partir de sua realização. Destarte possui maiores condições de proporcionar a produção de provas que se aproximem com maior eficiência do discutido7 Princípio da Verdade Real que norteia o processo penal. Isto reforça a importância da prova

produzida no Inquérito Policial como elemento relevante para levar ao acusador e ao julgador as evidências que os ponham em contato com o crime, seus motivos, circunstâncias e seu autor.

Corroborando este entendimento sobre a importância da figura do delegado de polícia, Barbosa (2017) defende que o delegado de polícia exerce função de autoridade de garantias, por ter o poder de assegurar, por exemplo, a manutenção do direito de liberdade até que não haja outra opção senão a prisão preventiva:

o Delegado de Polícia não é uma figura autômata no âmbito da investigação criminal, pois a todo instante exerce função imaneente de decidir, e uma das mais importantes, que dá sentido à sua função democrática, além da exclusiva função de investigar, é assegurar que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando for cabível liberdade provisória, ou até mesmo decidir pela não lavratura do auto de prisão em flagrante por estar calçada em prova ilícita, exercendo o papel de verdadeira autoridade de garantias, função tipicamente judicial, que não se confunde com a estritamente jurisdicional

No mundo ideal, sabemos que as diligências seguem os parâmetros de direitos humanos e direitos fundamentais dispostos na constituição federal. Porém, conforme observa-se no cotidiano forense, percebemos não ser totalmente procedente este pensamento, pois, segundo AZEVEDO et. al (2011), “a forma como a investigação policial é conduzida e o modo como é produzido o inquérito nas delegacias, apresenta oscilações entre o legal e o ilegal nas práticas policiais. A construção do inquérito vai depender, na prática, do controle das informações obtidas no decorrer das investigações.”

Ainda sobre a condução da investigação criminal e suas fases, (LOPES Jr., 2006 APUD AZEVEDO et al, 2011) frisa que:

é importante referir que, do ponto de vista normativo, a fase pré-processual, na qual a elaboração do inquérito policial está colocada, deve ter as ações direcionadas para o apontamento da probabilidade de materialidade e de autoria de um crime, não sendo cabível, nesse momento, a produção de provas, que deve ser feita em juízo (sendo excetuados os exames periciais), preservando, desse modo, todas as garantias do acusado

Portanto, ao poder escolher as diligências que serão realizadas, o delegado tem poder de controle sobre as informações obtidas nas investigações, que podem resultar em uma fase constitucional e garantista em relação aos direitos fundamentais do indivíduo ou em uma fase que poderá trazer sérias implicações negativas ao objetivo da verdade real no âmbito de um futuro processo – por ter diligências passivas de anulação por ilegalidade nos meios empregados, atrasando diligências que poderiam realmente elucidar os fatos – e consequentemente ignorar os direitos fundamentais do investigado.

Por isso, é necessária a efetiva atuação do delegado de polícia como operador do direito e conhecedor das normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem direitos aos investigados em diligências do inquérito policial.

Tal entendimento é afirmado por Rebelo (2016), onde acredita que “(...) vale ressaltar a maior obrigação do delegado, como operador do direito, em conhecer e aplicar princípios expressos constitucionalmente como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Isso, no entanto, não significa dizer que a polícia judiciária não terá liberdade para conduzir a investigação de forma que possa garantir a ordem jurídica e o interesse da coletividade.

Rebelo (2016) entende que o delegado de polícia “deve se atentar para a proteção de direitos, de igual modo, daquele policial que teve de realizar o uso proporcional e progressivo da força para cessar uma injusta agressão a um bem juridicamente tutelado.”

Com a prestação desse serviço à comunidade, o delegado de polícia tem como consequência a melhora da imagem da polícia judiciária junto a sociedade, uma vez que cumpre seu papel constitucional e esperado pela população, de forma que mesmo que aja uma relativização de direitos fundamentais, esta relativização seja pautada em indícios oriundos de investigação respaldada legalmente.

Sobre a sua atuação perante a comunidade, Rebelo (2016) afirma que a sociedade tende a colaborar mais com as instituições estatais se houvessem decisões mais equânimes.

Essa colaboração poderia vir, por exemplo, por meio da prestação de informações para o Estado, para que seja possível a persecução penal destes que prejudicam a comunidade realmente, segundo Rebelo (2016):

Havendo decisões mais equânimes, a sociedade, participe no controle informal da criminalidade, tende a colaborar mais com as instituições, inclusive prestando informações para o Estado concretizar a persecução penal contra aqueles que de fato prejudicam o corpo social. Essa conjuntura pode ser observada, a contrario sensu, em diversas obras não científicas que relatam a realidade do enfrentamento à criminalidade por parte do Poder Público em diversas regiões do país, tais como Rota 66 (BARCELLOS, 1992) e Meu Casaco de General (SOARES, 2000). Em sentido contrário, infelizmente, porque a maioria desses livros ilustra o temor e o ódio que a população em geral adota face às instituições policiais. Todavia, apresenta-se plausível que diante da repreensão enérgica de arbitrariedades cometidas por agentes públicos e, da mesma forma, de criminosos perigosos, a população, ao contrário da preponderante realidade, principalmente nas periferias, comece a buscar a polícia como aliada.

Ainda existe um temor por parte da população em colaborar com o estado e seus agentes – aqui também nos referimos a polícia judiciária – pois, como trazido por Rebelo (2016), alguns agentes públicos ainda cometem arbitrariedades no exercício de suas funções.

Queiroz (2015) esclarece que, embora a Polícia Civil ainda carregue algumas cicatrizes de uma cultura autoritária, visto que por muitos anos foi utilizada como órgão repressor do Estado para perseguição de seus opositores, como ocorreu no caso da ditadura, a Polícia Civil hoje tem um viés mais constitucionalizado, visando a garantia dos direitos fundamentais aos indivíduos:

É bem verdade que a Polícia Civil ainda carrega, embrenhada em suas práticas, a cultura autoritária, fruto dos anos em que foi utilizado como órgão repressivo de governo. O que, de certa forma, é previsível, já que em uma democracia recente, como a brasileira, as práticas consagradas em determinada época, mesmo que reprovadas pela nova ordem política, convivem com as contemporâneas, perdurando a desaparecerem.

Todavia, afigura-se certo que o atual cenário político e jurídico exige uma acoplagem constitucional e convencional da atividade policial, notadamente do Delegado de Polícia, devendo ser extirpada a visão de investigação policial como máquina repressiva.

Podemos depreender, portanto, da fala de Queiroz (2015) que a tarefa do delegado de polícia não seria unicamente efetuar a prisão daqueles que acreditam ser culpados, mas analisar a legalidade dos fatos e preservar tanto os interesses do Estado em relação a preservação do direito das vítimas, quanto os direitos do acusado do suposto crime:

Nesse contexto, a função de um Delegado de Polícia vai muito além da tarefa de prender. Por ser o primeiro profissional com atribuição legal para realizar análise jurídica dos fatos, o primeiro “juiz” da causa, incumbe ao Delegado de Polícia a preservação do interesse do Estado de proteção dos indivíduos de uma injusta perseguição.

Assim, faz parte do dever do delegado de polícia a garantia da integridade física, psicológica e a dignidade tanto da vítima quanto do acusado na condução de investigações, uma vez que mesmo em uma situação de ocorrência de crime, o delegado de polícia, como representante do Estado, não pode permitir que ocorram violações de direitos a este investigado, como ocorre quando a população chega a linchar os acusados, por exemplo.

Quando isso ocorre, é sinal de que é necessário revisar os procedimentos adotados, vez que a abertura de brechas para estas ilegalidades para algumas pessoas também servirá de brecha para ocorrer com todas as outras pessoas.

Por esse motivo, é necessário que o delegado de polícia nunca deixe de verificar a legalidade dos atos investigatórios, exercendo a sua função precípua de primeiro guardião dos direitos fundamentais dos investigados.

CONCLUSÃO

A carreira de delegado de polícia sofreu intensas transformações desde sua origem oficial, a partir de 1841, ainda no período do Brasil imperial. Essa separação demonstrava a necessidade cada vez maior da existência de uma autoridade que conferisse uma idoneidade maior das decisões judiciais, uma vez que anteriormente a carreira de delegado de polícia, o juiz era julgador e investigador, formando seu convencimento e impossibilitando o efetivo direito a defesa.

É a partir do período atual, com a vigência do Estado Democrático de Direito, que as garantias processuais, como as do contraditório e da ampla defesa, são vistas como ainda mais importantes.

A existência destas garantias permitem que a polícia judiciária e o próprio Poder Judiciário não cometam arbitrariedades quando na investigação, instrução e julgamento dos atos criminosos.

É necessário lembrar a importância da existência do monopólio punitivo por parte do Estado: para que a pena tenha caráter, entre outros, de retribuição a vítima e sua família, mas não caráter vingativo.

Importa lembrar que não interessa o tipo de crime que foi cometido, ou a comoção que o delegado de polícia pode passar em decorrência das circunstâncias do caso – por mais que ele seja, também, um ser humano com sentimentos.

Assim, é necessário que sejam assegurados, a todos os investigados, as garantias constitucionais e processuais penais para a condução de sua investigação, buscando a verdade e o esclarecimento dos fatos, sendo o delegado de polícia o primeiro garantidor dos direitos fundamentais destes investigados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, R G; VASCONSELLOS, F B. **O inquérito policial em questão - situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal.** Scielo, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100004

BARBOSA, R M. **A Função Judicial do Delegado de Polícia na Decisão Cautelar do Flagrante Delito.** 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. **Decreto-lei nº 3689.** Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

CORRÊA, V P A. **O papel da polícia judiciária no estado democrático de direito.** 2008

GARCEZ, W. **O delegado de polícia como garantidor de direitos.** Disponível em: <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/333662213/o-delegado-de-policia-como-garantidor-de-direitos>

PERAZZONI, F. **O Delegado de Polícia como Sujeito Processual e o Princípio do Delegado Natural.** RDPJ, BRASÍLIA, ANO 1, N. 2, p. 197-215, JUL-DEZ 2017

*PERAZZONI, F. **Origens e Evolução Histórica do Cargo de Delegado de Polícia no Brasil.** Disponível em: <https://sindepol.com.br/site/artigos/origens-e-evolucao-historica-do-cargo-de-delegado-de-policia-no-brasil.html>*

PONTES FILHO, R P. **Polícia Civil: Nossa História.** Disponível em: <http://www.policiacivil.am.gov.br/pagina/id/1/>

QUEIROZ, D. **Delegado de polícia, o primeiro garantidor de direitos fundamentais! mas quem garante os direitos do garantidor?** Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor>

REBELO, B B. **Atuação do delegado de polícia como garantidor dos direitos fundamentais sob a ótica da criminologia crítica.** 2016.

SILVA, M A G. **O delegado de polícia como garantidor dos direitos humanos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35074/o-delegado-de-policia-como-garantidor-dos-direitos-humanos>

THOMAZ, T H B. **A importância dos trabalhos de polícia judiciária para a manutenção do Estado Democrático de Direito.** Disponível em: http://amdepol.org/arquivos/7382_artigoeadelta.pdfa3cf4.pdf

PROTEÇÃO AO TRANSEXUAL FEMININO: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA TRANSEXUAIS FEMININOS

SANMELLA DE SOUSA CAJADO:
Técnica em Informática e Estudante de Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus- FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo estudará uma das principais bandeiras levantada pela sociedade que está ligada a um dos bens jurídicos fundamentais básicos garantidos pela Constituição Federal de 1988 como: o direito da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, ressalta-se o direito dos transexuais de serem equiparados a condição de mulher, para fins de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2016) que mesmo sendo uma das melhores legislações do mundo jurídico no que se refere a combate a violência doméstica contra mulher, vem se mostrando imperfeita frente as novas denominações de gênero do ser humano que surgiram na sociedade com o passar dos tempos. O transexual que mesmo sem ter passado por procedimento de redesignação sexual e mudança de sexo no registro civil, e que se apresenta como mulher na sociedade, não deixando quaisquer dúvida sobre o sexo que institivamente seu corpo e mente adotaram para si e dessa forma se expressam, encontram obstáculos que apesar de socialmente já não existirem, nas delegacias e no judiciário ainda e são considerados tabus. Dessa forma, se torna evidente que o transexual encontra-se situação de desamparo jurídico e esquecido a margem da literalidade do termo mulher utilizado pelo legislador. Assim, diante de tal realidade, esse artigo pretende abordar pontos pertinentes sobre o tema, buscar doutrinas, jurisprudência, entendimentos de tribunais e conceitos bibliográficos que possam preenchem tal lacuna deixada pelo legislador, como também fazer um alerta ao Estado Democrático de Direito sobre tal classe que vem sendo tão vítima de violência doméstica, familiar, física e moral quando a mulher biologicamente dita.

PALAVRAS-CHAVE: Transexuais; Mulher; Violência doméstica; Desamparo jurídico.

ABSTRACT : This article will study one of the main flags raised by society that is linked to one of the basic fundamental legal rights guaranteed by the Federal Constitution of 1988 as: the human dignity law. In this sense, the right of transsexuals to be treated as a woman is emphasized, for the purposes of applying the Maria da Penha Law (Law 11.340 / 2016), which despite being one of the best laws in the legal world with regard to combating domestic violence against women has been shown to be imperfect in the face of the new gender denominations of human beings that have emerged in society over time. The transsexual who even without having undergone a process of sexual reassignment and sex change in the civil registry, and who presents himself as a woman in society, leaving no doubt about the sex that his body and mind have adopted for himself and in this way express themselves , they encounter obstacles that, although socially no longer existed, in police stations and in the judiciary are still considered taboo. Thus, it becomes evident that the transsexual is in a situation of legal helplessness and forgotten the margin of the literality of the term woman used by the legislator. Thus, in the face of such a reality, this article intends to address pertinent points on the topic, to search for doctrines, jurisprudence, court understandings and bibliographic concepts that can fill this gap left by the legislator, as well as to alert the

Democratic State of Law about such class who has been so victim of domestic, family, physical and moral violence when the woman is biologically said

KEYWORDS: Transsexuals. Women. Domestic violence. Legal helplessness.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. BREVE RELATO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA. IDENTIDADE DE GÊNERO E SEXUALIDADE. Cisgêneros. Transgênero. Não binário. VIOLÊNCIA CONTRA TRANSEXUAIS NO BRASIL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. TRANSEXUAIS E SUA LUTA POR DIREITOS. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AS TRANSEXUAIS PELOS TRIBUNAIS. PROJETO DE LEI PL Nº 8032/2014. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

INTRODUÇÃO

O estudo que originou este artigo deu-se através de um debate informal no 6º Distrito Integrado de Polícia do estado do Amazonas, onde se encontrava o Delegado Titular Vinicius de Melo Silveira, que levantou o questionamento após deparar-se com um caso concreto sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual feminino que apesar de não ter passado por processo cirúrgico e feito a mudança do seu registro civil recorriam ao autoridades policiais competentes em busca de amparo.

Antes do advento da constituição de 88, as mulheres eram tratadas como objetos, eram consideradas com serem sem autonomia e credibilidade, após a promulgação da Carta Magna, teoricamente a mulher equiparou-se ao homem perante a lei em diversos aspectos, entretanto, biologicamente é impossível a equivalência entre homem e mulher por questões psicológicas e biológicas, o que nos leva a criação da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, recepciona em seu Art. 1º a sua finalidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, contudo, a Lei 11.340 deixa a merecer a figura do transexual feminino, prevendo em seu Art. 2º somente a possibilidade de aplicação para relação entre mulheres biologicamente ditas, excluindo assim a figura do transexual tornando esse o objeto de uma longas discussão em delegacias, tribunas e principalmente entre doutrinadores que ainda não chegaram a uma conclusão devido a opiniões contraditórias e pessoais que por sua vez prejudicam a vítima transexual que busca socorro mas acabam se frustrando, já que essas vítimas encontram dificuldades burocráticas excessivas e assim acabam desistindo de denunciar seu agressor e acabam se submetendo a uma vida medíocre.

Para tentar solucionar esse problema, o presente trabalho adotou a metodologia de pesquisa doutrinaria, bibliográfica e jurisprudencial voltadas para a Lei Maria da Penha e artigos que tratam de questões inerente a identidade de gênero e sexualidade do indivíduo. No tocante a aplicabilidade da lei 11.340/2006, foi exposto exemplos onde magistrados aplicaram as medidas protetivas a vítima transexual com base no princípio da dignidade da pessoa humana, assim como também exemplos onde o magistrado reconhece na vítima características do sexo feminino suficientes que lhe pudessem lhe levasse a conceder proteção jurídica prevista na lei Maria da Penha, reforçando o fato de a aplicação ou não da Lei Maria da Penha depende unicamente da interpretação do magistrado sobre o caso, evidenciando assim como a classe transexual encontra-se em total desamparo jurídico ficando à mercê da

literalidade da lei e interpretação dos tribunais e opiniões pessoais dos magistrados que os julgam.

BREVE RELATO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

A lei 11.340 de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada com a finalidade de proteção a mulher no âmbito de seu lar assim como afirma o art. 1º da referida lei:

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.

(BRASIL, 2006)

Esta Lei surgiu após o caso da mulher Maria da Penha Maia Fernandes ter repercutido através da publicação do livro *Sobrevivi*, que foi escrito pela vítima após o seu agressor ter saído em liberdade do primeiro julgamento de seu caso. Na obra bibliográfica, Maria da Penha Maia Fernandes relata todo seu sofrimento em face de seu marido agressor, e foi por meio dessa obra que organizações não governamentais internacionais tomaram conhecimento de seu caso, e que posteriormente, com o consentimento de Maria da Penha Maia Fernandes o Brasil foi denunciado à Comissão Internacional De Direitos Humanos no ano de 2001. Dessa forma o Brasil foi responsabilizado pela forma negligente que tratava os casos de violência doméstica e foi obrigado a modificar suas Leis. Assim surgiu a Lei Maria da Penha no ano de 2006 que representa uma luta histórica onde se busca proteção física, moral e psicológica da mulher em seu âmbito familiar sendo seu agressor de qualquer grau de parentesco que tenha um convívio doméstico e uma relação familiar. (I.M.P, entrevista com Maria da Penha).

IDENTIDADE DE GÊNERO E SEXUALIDADE

Devido as mudanças sociais, surgiram várias classes de gênero que estão à margem da literalidade do termo mulher repetido diversas vezes na Lei Maria da Penha e todo os artigos que tratam de crimes cometidos com mulher, assim sendo reconhecida juridicamente por esta e outras Lei somente a mulher biológica. De tal modo, o judiciário se depara com obstáculos para aplicar uma Lei a quem teoricamente não está tutelado por ela, por outro lado, não aplicar essa mesma Lei a quem precisa, é contraditório a sua finalidade, já que a Lei 11.340/2006 surgiu através da negligencia do Brasil nos casos de violência doméstica, finalidade essa que esta bem especificada no próprio Artigo 1º da lei 11.340/2006.

A identidade de gênero, ao contrário do que pensam, não está ligada ao prazer e nem ao sexo biológico do ser, identidade de gênero é como o indivíduo se vê e se apresenta na

sociedade onde vive. Partindo dessa informação, percebe-se que atualmente existem três identidade de gênero a qual um indivíduo pode se identificar socialmente, sendo eles: cisgêneros, transgênero e não-binários.

Cisgêneros

Conceitua a professora Beatriz Pagliarini Baglagi autora do livro “Cisgênero” Nos Discursos Feministas: Uma Palavra “Tão Defendida; Tão Atacada; Tão Pouco Entendida” (2018, p.13) que: ‘Cisgênero é utilizado para designar aquelas pessoas que não são transgêneras, ou seja, aquelas cujo gênero auto identificado está na “posição aquém” daquele atribuído compulsoriamente ao nascimento em virtude da morfologia genital externa.

Em outras palavras, o Cisgênero é aquele que nasce e ao decorrer de sua vida não sente qualquer tipo de inconformidade entre o seu sexo biológico com o seu sexo físico imposto a ele durante a sua formação durante a gestação.

Transgênero:

Pessoas transgênicas são aquelas que não se reconhecem com o seu sexo biológico, como o caso dos transexuais, que são homens ou mulheres que não se veem de acordo com o órgão genital com o que nasceram, e devido a esse conflito biológico e psicológico, optam pela mudança do sexo através de cirurgias, buscando assim a perfeita sintonia do sexo psicológico, com o sexo com que acredita pertencer, assim como também a mudança em seu registro civil, como bem conceitua a Doutora em psicologia Jaqueline Gomes de Jesus 2012, p 7:

A transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual, como geralmente se pensa, não é uma escolha nem é um capricho. Ela é identificada ao longo de toda a História e no mundo inteiro.

Doutora em psicologia Jaqueline Gomes de Jesus em sua obra “Orientações Sobre Identidade De Gênero Termos E Conceito de 2012.

Não binário

Um conceito novo a qual se denomina as pessoas que não se reconhecem nem como do sexo masculino ou feminino que estão em processo de descoberta, surgindo assim a terceira identidade de gênero. Neste sentido também conceitua a Doutora em psicologia Jaqueline Gomes de Jesus em (Jesus 2ª edição – revista e ampliada. Brasília Dezembro, 2012, p.28).

Também denominado como “dimorfismo sexual”. Crença, construída ao longo da história da humanidade, em uma dualidade simples e fixa entre indivíduos dos sexos feminino e masculino. Quando essa ideia está associada à de que existiria

relação direta entre as categorias sexo (biológica) e gênero (psicossocial), incorre-se no cissexismo.

Por fim, a sexualidade está relacionado exclusivamente a buscar pelo prazer, não levando em consideração se esse prazer que se procura será encontrado em uma relação entre indevidos de sexos iguais ou não.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) a sexualidade faz parte da personalidade de cada um, é uma necessidade básica, e um aspecto do ser humano que não pode ser separado de outros aspectos da vida. *A sexualidade influencia pensamentos, sentimentos, ações e interações e, portanto, a saúde física e mental. Se saúde é um direito humano fundamental, a saúde sexual também deveria ser considerada um direito humano básico (OMS, direitos sexuais, p.1, 2006)*

VIOLÊNCIA CONTRA TRANSEXUAIS NO BRASIL

De acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexual (ANTRA) Boletins nº 001, 002 e 003/2020 da ANTRA, o Brasil atingiu a margem de 129 morte de pessoas trans no período entre 01 de janeiro a 31 de agosto de 2020 com aumento de 70% em relação ao mesmo período no ano de 2019, onde 20% das mortes se deu em âmbito doméstico. Entretanto, os números apresentados à Associação Nacional de Travestis e Transexual podem variar para mais devido a grande maioria das ocorrências não serem registradas pelas autoridades policiais com a devida coleta de dados para as estatísticas.

Pode-se dizer que a morte dessas pessoas é o ponto extremo de uma grande cadeia de violências cotidianas às quais estão submetidas, incluindo humilhações, exploração sexual, extorsões, agressões físicas, dentre outras modalidades (BONASSI et al., 2015, p. 85).

A incerteza sobre os dados referentes da violência contra transexual, é apenas um reflexo do descaso socialpolítico em relação a essa classe transgênica, que assim como as mulheres cisgêneras, são ignoradas, tendo seus direitos diariamente violados e mascarado. O descaso é nítido.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 traz uma carga sentimentalista pelos eventos da ditadura vividos anteriormente. Assim, se fez necessário ter um dispositivo legal que tutelasse os direitos e garantias individuais do indivíduo como o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2002, p.2)

O princípio da dignidade da pessoa humana assevera os direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º da constituição federal afirma que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...] “(BRASIL, 2020, p.4)

Observando a letra da lei, é notório o tratamento isônomo do legislador para garantir os direitos individuais e coletivos do sujeito, não dando margens para interpretações moralistas sobre quem pode ou não ter seus bens jurídicos resguardados por esse princípio, e é com base nisso que o juiz Pedro Medeiro Pereira do estado de Alagoas, proferiu a sentença a favor da vítima transexual, eis um trecho da decisão:

A despeito de ainda encontrar-se em tramite projeto de lei que estende aos transgênero e transexuais a proteção da Lei Maria da Penha, cabe o poder Judiciário enfrentar a questão, definindo o alcance da Lei 11.340/2006 com base em uma leitura moralizante da Constituição, fulcrada em axiomas e princípios, de modo a emprestar maior efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Juiz Pedro Medeiros Pereira, Vara especializada em violência contra mulher, Alagoas, sob o processo de número 0700654-37.2020.8.02.0058.

Aos casos de violência doméstica contra transexual, a principal fundamentação para concessão de direitos vem sendo o princípio da Dignidade da pessoa humana, o que mostra o vício contido na Lei 11.340/2006 mesmo sendo essa Lei considerada um exemplo de combate a violência doméstica.

TRANSEXUAIS E SUA LUTA POR DIREITOS

No âmbito jurídico quando se discute direitos dos transexuais, o legislador e doutrinadores costumam tender para aspectos físicos do indivíduo, assim como decidiu o STF sobre o direito de transexuais mudarem seu nome e sexo no seu registro civil na 22 ADI nº 4275/ DF 2018. Eis um trecho da matéria:

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A decisão ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, encerrado na sessão plenária realizada na tarde de 01 de março de 2018.

Todos os ministros da Corte reconheceram o direito, e a maioria entendeu que, para a alteração, não é necessária autorização judicial. Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente da Corte, Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, o ministro Marco Aurélio (relator), que considerou necessário procedimento de jurisdição voluntária (em que não há litígio) e, em menor extensão, os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que exigiam autorização judicial para a alteração.

(STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo, ADI nº 4275/ DF 2018)

É certo que o transexual como pessoa está protegido a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, são pessoas marginalizadas e vulneráveis comparadas as demais classes sociais, e nesse sentido, GONÇALVES (2012) compreende a insuficiência na assistência aos transexuais e reconhece a necessidade de uma lei específica que possa tutelar essas pessoas para que gozem plenamente de seus direitos

A insuficiência da generalidade e abstração da ‘pessoa universal’ idealizada na norma tornou necessária a especificação do sujeito protegido, bem como o desenvolvimento dos direitos que lhe são próprios, em busca da efetiva concretização da dignidade. De fato, afirmar a dignidade humana, quer como realidade pré-jurídica para aqueles que a admitem, quer abstratamente na norma, não se mostrou suficiente para a tutela de direitos da pessoa transexual (GONÇALVES, 2012, p. 19).

Assim como as mulheres cisgeneros são vistas como seres vulneráveis em relação aos seus parceiros, sendo então protegidas pela Lei 11.340/2006, as transexuais necessitam ser reconhecidas e também protegidas por uma lei que lhes tirem da literalidade do termo mulher e lhes deem amparo jurídico em face de seus agressões.

APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AS TRANSEXUAIS PELOS TRIBUNAIS

Dentre os doutrinadores brasileiros há duas correntes que discutem a possibilidade de aplicação da lei Maria da penha as transexuais. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista (2011, p. 32) informam que podem ser analisadas duas posições:

Em eventual resposta a indagação inicial podem ser observadas duas posições: uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmute suas características sexuais (por cirurgia e modo reversível), deve ser encarada de acordo com uma nova realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil.

Parte dos doutrinadores defendem a aplicação da lei pois conseguem ver os critérios de aplicabilidade nos casos em relação aos seus parceiros, além dos aspectos de vulnerabilidade e relação afetiva entre as partes.

Outra parte dos doutrinadores conservadores se manifestam contra a aplicação da Lei Maria da Penha levando em consideração de que apesar do indivíduo ter se submetido a uma cirurgia para a mudança de sexo, ele continua sendo homem, com a força de um homem

inexistindo assim pré-requisito para a aplicação da lei onde a vítima tenha que ser mulher e possuir exclusivamente as fragilidades e órgão genital biológico que uma mulher possui.

Já o que se refere aos entendimentos dos tribunais de Justiça Estaduais, as transexuais que não tenham passado por procedimento cirúrgico para a mudança do sexo ou a mudança em seu registro civil encontram uma certa resistência para a concessão de medidas protetivas fornecidas pela Lei Maria da Penha, por consequência da não inclusão clara e objetiva dessa classe. Neste sentido, em uma decisão de 1º grau o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul negou a concessão da aplicabilidade da lei 11.340, o que justifica o presente artigo. Eis um trecho da decisão:

Em Mato Grosso do Sul, o Tribunal de Justiça local traz entendimento diverso. O Desembargador José Augusto de Souza, no julgamento de Conflito de Competência, expressamente em seu voto afasta a incidência da Lei Maria da Penha quando a vítima for transexual que não tenha alterado seu registro civil. Em resumo, o relator entende que mulher é apenas quem assim nasce, ou quem tenha em seu registro civil o sexo feminino. Desconsidera, portanto, a situação fática, dando relevo à situação jurídica, vale dizer, entende que o sujeito deve ser formalmente mulher.

(Ferreira, 2014 apud Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul CC 2006.017235-4/0000-00,).

Dessa forma, nota-se que há requisitos das quais muitas das vezes a vítima transexual por vários motivos e dentre eles a hipossuficiência, não consegue a proteção do Estado onde o próprio magistrado devolve a vítima para o âmbito de violência de onde mesma buscou meios jurídicos de sair e denunciar seu agressor.

Há também uma decisão onde a juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães, da 1ª Vara Criminal de Anápolis – GO, aplicou no referido caso, a Lei Maria da Penha para um transexual vítima de violência doméstica.

[...] 39. Desta forma, apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos às cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como e torna-se ' ' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis! O apego às formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrelevam àquelas, não podem me

impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpidas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha. [...] 42. Diante do exposto acima, tenho com a emérita, preclara e erudita Desembargadora Maria Berenice Dias que transexuais que quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Juíza, Ana Cláudia Veloso Magalhães, da 1º Vara Criminal de Anápolis – GO, no processo sob o nº 2011038738908

Portanto, observando a literalidade do dispositivo legal, vemos que a aplicabilidade ou não da lei Maria da Penha a transexuais depende da interpretação do juiz, entretanto, o fato de um magistrado não aplicar ou não a Lei Maria Da Penha a vítima transexual não lhe tira a razão pois o problema encontra-se na letra da Lei, pois é uma Lei taxativa que impõe um termo de definição de gênero que não acompanha as mudanças sociais ressaltando assim necessidade de uma mudança na letra da lei afastando qualquer necessidade de interpretação desnecessária e potencialmente prejudicial dos magistrados. Uma decisão judicial deve ser tomada levando em consideração sempre as consequências sociais que serão geradas a partir dela. (WARAT, 1994, p.82).

Dessa forma não há uma resposta definitiva quanto a aplicação da lei 11.340/2006 aos transexuais, de tal modo que o magistrado deve deixar seus padrões pessoais de lado e tomar decisões visando o bem social ate que seja feito a inclusão dos transexuais na Lei Maria da Penha.

PROJETO DE LEI PL Nº 8032/2014

Em 28/10/2014, a deputada Jandira Feghali apresentou um projeto de lei onde propôs ampliação a proteção de que trata a Lei 11.340 às pessoas transexuais e transgêneros, que ainda espera o parecer do Relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM). O projeto propõe alteração no parágrafo único do art. 5º da lei 11.340/200 que diz:

Art. 5º, Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Que passaria a ter a seguinte redação: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres” (BRASIL, 2014, p. 01).

Tal projeto representa um avanço para a classe trans, pois com sua aprovação, as transexuais que tanto precisa de proteção apropriada, saem da literalidade da lei e interpretação do magistrado tendo seu direito incontestado e resguardado em Lei.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha hoje é um símbolo de representatividade das lutas por direitos de proteção jurídica para a mulher que durante muitos foram vistas como objetos e tinham uma única finalidade, a reprodução. Pelo contexto histórico, mulheres foram agredidas,

mortas e humilhas, onde seus agressores eram sempre seus maridos ou algum familiar. Tal prática na época patriarcal era vista como algo normal onde não existia intervenção de terceiros e muito menos do Estado. Com o advento da Lei Maria da Penha, hoje mulheres possuem dignidade e respeito, mesmo que teoricamente. O atual problema da Lei 11.340/2006 vem sendo o estado de Vacatio Legis em que o transexual se encontra até que a PL Nº 8032/2014 seja aprovado e entrado em vigor.

O presente artigo buscou respostas jurisprudências e bibliográficas para a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais vítimas de violência doméstica até que a letra da lei seja reformulada. E para melhor compreensão, buscou-se por meio de estudos bibliográficos esclarecer os novos conceitos de gênero e as características de cada um deles, para evidenciar a mudança social e o atraso do legislador e judiciário nos julgamentos de ações onde vítimas transexuais femininos não tiveram seus direitos reconhecidos apesar das explicações biológicas e psicológicas para o transexualismo.

Nesse sentido, com todos os estudos e pesquisas realizadas sobre a Lei Maria da Penha, chegou-se à conclusão de que apesar de alguns magistrados terem aplicado a Lei Maria da Penha aos transexuais, de modo geral, não há possibilidade de aplicação da referida Lei 11.340/2006 aos transexuais e transgêneros sem prévia fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana e suas garantias elencadas nos art. 1º, inciso III e 5º da Constituição Federal, ou do entendimento pessoal de cada magistrado sobre quem está apto a ser tutelado pela Lei 11.340/2006.

O fato de um magistrado conceder as garantias e proteção da Lei Maria da Penha ao transexual não necessariamente implica dizer que em todos os casos serão aplicados, pois não há nada que obrigue o magistrado a reconhecer ou não o transexual como mulher, o que remete diretamente ao princípio da taxatividade do Direito Penal. Se Lei Maria da Penha for tida como único parâmetro aferição de quem é considerado vítima ou não, a figura do transexual jamais poderá ser protegido por ela, pois em todo o ordenamento jurídico, não se encontra conceitos para delimitar de forma taxativa as características de uma mulher. Por conta disso que há necessidade de mudança na letra da Lei Maria Penha. Tal Lei precisa ser reformulada e flexibilizar o conceito do termo Mulher de forma que venha reconhecer o transgênero como mulher para efeitos penais.

Ademais, notou-se que já existe projeto de Lei visando a inclusão do termo transgêneros e transexuais na Lei 11.340/2006, mas que ainda está em análise, e devido a demora para a sua aprovação constata-se mais uma vez o descaso com a classe transgêneras. A sua entrada em vigor significaria grande avanço jurídico onde o Estado alcançaria mais vítimas de violência doméstica, a Lei Maria da Penha sanaria um vício e abrangeria sua proteção às que estão escondidas na literalidade do termo Mulher empregados diversas vezes na Lei 11.340/2006.

REFERENCIAS

PENHA, Maria. Entrevista com Maria da Penha. [Instituto Maria da Penha IMP] Representante IMP. **Entrevista com Maria da Penha**, <https://www.institutomariadapenha.org.br/entrevista-com-maria-da-penha.html>

Os Direitos Sexuais Por Associação Mundial da Sexualidade. Organização Mundial da Saúde 24/12/2006 <file:///C:/Users/xamel/Downloads/oms%20direitos%20sexuais.pdf>

HIGHTOM, Elena, La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona. Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 1, Rubinzal-Culzoni: Santa Fé, 1993, p.207. 9 "El transexualismo es una cuestión que se h)

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. *“Cisgênero” nos discursos feministas: uma palavra “tão defendida; tão atacada; tão pouco entendida”*. Campinas: UNICAMP/IEL/Setor de Publicações, 2018. Disponível em [Disponível em <https://www.iel.unicamp.br/arquivos/publicacao/Cisgenero-nos discursos feministas uma palavra tao defendida tao atacada tao pouco entendida.pdf> . Acesso em 19/09/2020](https://www.iel.unicamp.br/arquivos/publicacao/Cisgenero-nos%20discursos%20feministas%20uma%20palavra%20tao%20defendida%20tao%20atacada%20tao%20pouco%20entendida.pdf)

Boletins nº 001, 002 e 003/2020 da ANTRA. Disponível em: <https://antrabrasil.org/assassinatos>

BONASSI, Bruna Camillo; AMARAL, Marília dos Santos; TONELI, Maria Juraci Filgueiras; QUEIROZ, Mariana Amaral de. Vulnerabilidades mapeadas, violências localizadas: experiência de pessoas travestis e transexuais no Brasil. In: Quaderns de Psicologia, Volume 17, nº 03, p. 83-98. Barcelona: 2015. Disponível em: Acesso em: 19/09/2020

Alagoas, poder judiciário, decisão do processo nº 0700654-37.2020.8.02.0058 a favor da vítima transexual, Vara Especializada contra Violência Doméstica como mulher, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-determina-aplicacao-lei-maria.pdf>

BRASIL Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Origem da Lei Maria da Penha, disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/973411/saiba-mais-sobre-a-origem-da-lei-maria-da-penha>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 4275/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília: DJ nº 45 do dia 09/03/2018, 2018. Disponível em: . Acesso em: 19 de setembro de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Beranice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. Acessado em 23 de fevereiro de 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. Decisão processo n.º 201103873908. Magistrada Ana Cláudia Veloso. 23 de setembro de 2011. Acesso em 15 de março de 2020. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/decisao/imprimir.php?inoid=2251460>

Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018. 23 (último acesso: 19/09/2020). Voto disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-mudanca-nome.pdf>

JESUS, Jaqueline Gomes. Orientação sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Disponível em: <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS>

Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. (acesso em 22 e 23 de fevereiro de 2020.) Lei Maria Penha Disponível em: [http:// www.Planalto.gov.br/ccivil_03 / ato2004 - 2006/2006/lei/111340](http://www.Planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004_-2006/2006/lei/111340)

REVISTA CIENTÍFICA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO – ISSN: 2358-8551 11ª Edição – Janeiro de 2017 – Periódicos Semestral A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA AOS CASOS DE VIOLÊNCIA SOFRIDA POR TRANSGÊNEROS RESUMO SANTOS ,Stephanie RODRIGUES,Juliana acesso em 23 de fevereiro de 2020 http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/j6uBtAN3gjzVsuX_2019-2-28-16-55-30

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. Mandado de Segurança 209736161.2015.8.26.0000. AMIOKA, Ely. Publicado por Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 08/10/2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253893656/mandado-de-seguranca-ms-20973616120158260000-sp-2097361-6120158260000/inteiro-teor-253893710>

WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: 1994

A DUPLA PATERNIDADE/MATERNIDADE NO REGISTRO CIVIL BRASILEIRO

KAYKE LEONAN SOARES DE OLIVEIRA:
Bacharelado em Direito da Faculdade Serra do Carmo.

RENATA MALACHIAS SANTOS MADER

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho objetiva avaliar a possibilidade de registro de dupla paternidade/maternidade na certidão de nascimento do filho no âmbito do Direito Civil, perpassando pelo estudo dos aspectos históricos, conceituais e características da família brasileira e os seus novos arranjos. Através de estudo doutrinário sobre a constituição familiar e sobre os laços afetivos e biológicos que unem os seus integrantes, pretende-se confrontar a matéria com o atual posicionamento dos Tribunais e Cortes Superiores acerca da possibilidade de assentamento no registro civil de dupla paternidade/maternidade. Neste contexto, serão abordadas as consequências jurídicas deste registro e como se estabelece as obrigações acessórias dele decorrente. A metodologia adotada é a exploratória, baseada na análise de trabalhos acadêmicos, obras doutrinárias e jurisprudência assentada nos Tribunais pátrios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A finalidade deste trabalho é fomentar e compreender o atual cenário da família brasileira e a aplicabilidade do registro da dupla paternidade sem exaurir o debate.

Palavras-chave: Dupla Paternidade; Família; Registro Civil.

INTRODUÇÃO

A família, como um dos elementos fundamentais da tutela estatal brasileira, sofreu intensas modificações ao longo da história. E com esta evolução, alterou-se também, paulatinamente, o ordenamento civil para acompanhar aos novos arranjos e características atuais dessa composição familiar.

O Direito Civil estabeleceu um arcabouço normativo relacionado aos deslindes familiares, sempre fundado na preservação dos laços consanguíneos e afetivos. De igual modo, estudiosos e operadores do Direito debruçam sobre as medidas mais adequadas para solução de conflitos e de garantir direitos decorrentes de novas composições familiares, visando o menor prejuízo possível a este enlace.

A ideia de família fora reformulada e novas comunhões surgiram, é o que denomina a doutrina majoritária como multiparentalidade, onde o conceito primário de família, composta por mãe, pai e filhos, dão espaço a outros laços unidos pela afetividade.

Diante deste cenário em que outros tipos de família são constituídos com particularidades e características próprias, surge o seguinte questionamento: ‘é possível o registro civil de dupla paternidade na Certidão de Nascimento?’.

O questionamento se mostra pertinente, pois a norma civil concede um conceito de família muito mais amplo e equipara os elos afetivos aos biológicos. Deste modo, é imperioso

empreender estudos sobre a possibilidade de inserção de dupla paternidade em documento civil, decorrente de ligação biológica e afetiva.

De igual modo, há de se estabelecer o entendimento dos Tribunais Estaduais e das Cortes Superiores sobre a temática, e quais as consequências acessórias desta dupla filiação, a exemplo da fixação de alimentos, herança, etc.

O objetivo geral desta pesquisa é verificar a possibilidade de se registrar dupla paternidade/maternidade na certidão de nascimento, segundo ordenamento brasileiro vigente, permeando, para tanto, nos objetivos específicos a seguir: a) Conceituar família e multiparentalidade; b) discorrer sobre a jurisprudência dos Tribunais Estaduais, STF e STJ sobre a dupla paternidade no registro civil; c) contextualizar sobre os efeitos jurídicos e os direitos decorrentes da dupla filiação.

A importância do tema reside no fato de que em 2016 o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, proferiu entendimento sobre a multiparentalidade, em sede de repercussão geral reconhecida.

Somados a este fato, a matéria gera várias polêmicas e debates no universo acadêmico e envolve questões relevantes ao direito da filiação e sucessão, o que torna a exploração deste assunto relevante ao fomento do debate.

1. ASPECTOS ATUAIS SOBRE O CONCEITO E TIPOS DE FAMÍLIA

A família, durante muito tempo na História fora organizada pelo sistema patriarcal, onde as regras e as decisões familiares eram tomadas pelo homem (pai, e na sua ausência, o filho), e as mulheres eram subjugadas em todos os segmentos.

Tecendo estes fatos pretéritos, Pereira (2018, p. 42), esclarece que:

Em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade e abrangia quantos a ela estavam submetidos (...). O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O Brasil herdou esta visão patriarcal romana, inclusive, isto ficou evidenciado no Código Civil de 1916, que estabelecia em seu art. 233 o homem como chefe da sociedade conjugal e o detentor do poder familiar.

O Código ainda limitava e restringia muitos aspectos afetos às relações familiares, conforme preleciona Rodrigues (2018, p. 12-13):

Com Código Civil Brasileiro de 1916 se manteve o patriarcalismo, no qual o homem era o chefe da família. A legislação civil consagrava o casamento como o único instituto jurídico formador da família, dificultando a adoção e permitindo o reconhecimento de filhos apenas quando não adulterinos. Dessa forma, o matrimônio era o único laço legítimo e legal de constituir família e somente quem era ligado por tal vínculo tinha proteção do Estado. Tal concepção é fruto da influência sócio religiosa, que concebia o casamento com interesse pro criativo, visando à continuidade da família.

A sociedade naquela época era extremamente conservadora, com forte influência religiosa, sendo o homem o centro da relação familiar. Somente os filhos constituídos no matrimônio eram considerados legítimos, e reconhecidos socialmente e juridicamente.

Conforme a sociedade e o Estado foram evoluindo, houve um avanço significativo na fixação do conceito e do papel da família dentro do seio social. No entanto, embora o Estado tenha estabelecido regramentos importantes na área da família, ainda não era reconhecida a igualdade entre os seus membros, notadamente na relação homem/mulher.

Após a década de 1960 observa-se que os fatores sociais e culturais foram construindo novos valores familiares, conforme explana Bonini (2009, p. 21):

(...) ao longo da história, a família vem passando por significativas transformações consequência de acontecimentos como, a revolução sexual nos anos 60 (que desvinculou sexo de procriação), o advento da pílula anticoncepcional, os movimentos sociais, dentre outras transformações de âmbito socioeconômico. Muitas dessas transformações ficaram atreladas ao processo de globalização da economia capitalista, interferindo na dinâmica e na estrutura familiar, acarretando mudanças em seu padrão de organização. Dentre tais mudanças, ainda podemos destacar as seguintes:

- aumento no número de pessoas que optam por viverem sozinhas;
- aumento frequente da taxa de coabitações;
- aumento do número de famílias chefiadas por uma só pessoa, principalmente pela mulher que, agora, trabalha fora de seu lar.
- diminuição da taxa de fecundidade (devido ao acesso a métodos de esterilização e contraceptivos);
- a população foi envelhecendo;
- queda no número de casamentos e, em contrapartida, dissolução dos vínculos matrimoniais.

A família patriarcal começa a perder espaço no Brasil a partir de 1889, após passar por vários fatos históricos como a abolição da escravidão, imigração e mudança no cenário comercial.

Nesta mesma época que, segundo Bonini (2009, p. 19) surge: “(...) a figura de uma família nuclear, reduzida ao pai, mãe e filhos convivendo em uma casa, em que não há fatores políticos, comerciais e religiosos atrelados aos ditames do lar”.

Nos dias atuais, a forma como as famílias são constituídas diferem significativamente dos primórdios da civilização, e nota-se que assim como as sociedades evoluem no campo da medicina e tecnologia, fatores sociais e familiares são modificados e novas concepções são traçadas. Exemplo disso são as novas concepções embasadas em laços de afetividade e de colaboração, surgindo assim, vários tipos de família, assim como novos valores e tutelas judiciais.

O entendimento atual do conceito de família é mais abrangente e, segundo Gagliano; Pamplona Filho (2017, p. 58) compreende: “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Caracterizando a família moderna, Madaleno (2018, p. 82), estabelece que a família é: “ pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homo parental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental”

Percebe-se uma evolução considerável na concepção de família, que para além de, ser plural, democrática e igualitária, ainda reconhece outros tipos de composição familiares.

Sobre os tipos de família existentes no Brasil, o artigo 25, *caput* e parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), assim dispõem:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Percebe-se então que o legislador elencou dois tipos de família: a “*natural*” e a “*extensa ou ampliada*”. A família natural como se extrai do excerto, refere-se a comunidade ligada por fatores biológicos, formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Já a família extensa é tida pela maioria da doutrina como a família substituta, formada por parentes, a exemplo dos tios, avós, primos entre outros, onde não basta ter relações de parentesco, a criança ou adolescente deve possuir afinidade e afetividade com estes membros. (MADALENO, 2018, p. 322).

Não obstante a tipologia legal é possível encontrar em grande parte da doutrina diversas nomenclaturas e composições familiares, conforme relaciona Tartuce (2017, p. 35):

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento.
- b) Família informal: decorrente da união estável.
- c) Família homoafetiva: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, já reconhecida por nossos Tribunais Superiores, inclusive no tocante ao casamento.
- d) Família monoparental: decorrente do vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção do Estado.
- e) Família anaparental: decorrente da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito.
- f) Família eudemonista: conceito utilizado para identificar a família pelo seu vínculo afetivo, e a título de exemplo, pode ser citado um casal que convive sem levar em conta a rigidez dos deveres do casamento previstos no artigo 1566 do Código Civil.

São diversos tipos de arranjos familiares, seja por fatores consanguíneos, seja pela afetividade, mas estes conjuntos não são exaustivos e sim exemplificativos, outras formas podem surgir e merecer o devido amparo estatal.

Sopesado nesta tutela e na afetividade que unem pessoas dentro de uma constituição familiar surge a discussão, no ordenamento jurídico pátrio, sobre o reconhecimento e cabimento da Multiparentalidade.

Por tratar de matéria afeta ao objeto deste trabalho, a multiparentalidade será abordada no tópico seguinte.

2. A DUPLA PATERNIDADE NO REGISTRO CIVIL

Em um estado democrático de direito as normas objetivam regulamentar e subsidiar a paz e harmonia social. Ao estabelecer as regras, o Estado busca os fatores sociais, culturais e os anseios da sociedade dentro do respectivo contexto histórico.

Uma vez que restou pacificada a existência de diversos tipos de família e de conexões baseadas no afeto e no amor entre seus integrantes emerge-se uma família ligada por estes laços afetivos, denominada por estudiosos como Parentalidade Socioafetiva.

Segundo conceitua Cassettari (2015, p. 16):

(...) a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo

biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas.

A relação na parentalidade socioafetiva reside eminentemente no vínculo afetivo entre as pessoas, não há questões biológicas envolvidas. Tal assertiva encontra guarida no art. 1.593 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), em que, ao tratar das relações de parentesco estabeleceu que a mesma possa ser natural ou civil, conforme derive da consanguinidade ou outra origem.

A norma foi ampla ao referir-se também ao parentesco como de qualquer outra origem, o que reforça o reconhecimento da parentalidade por vínculos afetivos. A afetividade está relacionada com a experiência das percepções humanas em relação a si próprio e ao mundo exterior, e está atrelada às suas vivências agradáveis ou não. A afeição é vista como um apego a algo ou alguém que gera carinho, confiança, etc.

Acerca da afeição, Maluf (2012, p. 18) esclarece:

Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas. É, por conseguinte, um dos sentimentos que mais gera autoestima entre pessoas, principalmente as jovens e as idosas, pois induz à produção de oxitocina, hormônio que garante no organismo a sensação perene de bem-estar. Pode, ainda, ser definido como um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. Do ponto de vista da psicologia e da psicanálise, o afeto terá diversos entendimentos, tendo em vista a existência de diversas teorias e os enfoques na compreensão da natureza psíquica do ser humano. De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.

A afetividade é uma manifestação do íntimo de cada indivíduo, segundo as experiências vividas e que gera sentimentos profundos de apego e amor. São sentimentos expendidos a outrem, pelo valor que este representa em sua vida. Isto por si, já transcende qualquer fator biológico, meramente físico, haja vista que o afeto é de ordem interna, de foro íntimo.

Por este motivo, o Direito de Família atual não poderia limitar o conceito e reconhecimento da família como algo meramente biológico, o amor é muito mais profundo e complexo do que qualquer vínculo genético ou civil.

Sobre o assunto, Villela (1997, p. 85) aduz o seguinte:

A consanguinidade tem, de fato, e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo,

o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.

O exercício da paternidade/maternidade não se resume à assunção de obrigações alimentares e materiais, em verdade, os cuidados com a filiação envolvem muito mais em uma criação baseada no respeito, o carinho, segurança e afeto. O fator biológico da paternidade ou maternidade não garante um lar afetivo e capaz de formar um cidadão de bem.

Embora a nenhuma norma disponha expressamente a filiação por vínculos afetivos, a doutrina a considera como desfrute da posse de estado de filho ou estado de filho afetivo albergada na Teoria da Aparência, onde a aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira. No caso da filiação, embora não haja elo consanguíneo, há uma aparente relação paterno-filial, onde se reconhece a crença da condição de filho fundada na afetividade (DIAS, 2016, p. 677-678).

Com os diversos tipos de constituições familiares é fácil identificar inúmeros casos onde há a convivência entre os filhos com os pais biológicos e pais afetivos concomitantemente, e tal situação fática clama posicionamento do Poder Judiciário quanto à possibilidade se ser assentar no Registro Civil esta multiparentalidade.

Conceituando Multiparentalidade, Dias (2016, p. 682) explana que:

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. A pluriparentalidade é reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à afetividade.

Em termos práticos, a multiparentalidade se daria no caso, em que o padrasto ou madrasta ama, cria e cuida de seu enteado como se fosse seu filho, enquanto este mesmo os ama e os tem como pai/mãe, do mesmo modo que os seus pais biológicos. Outro exemplo ocorre nos casos de adoção, na relação dos filhos com os pais adotivos e biológicos.

Delineando sobre multiparentalidade, Lima (2017, p. 03) discorre:

A multiparentalidade é atualmente um instituto jurídico que, para a realidade existente na sociedade, surgiu mediante a necessidade da formação de famílias reconstituídas, que garante, aos filhos que já convivem com figuras socioafetivas, a chance de reconhecimento e seus efeitos jurídicos. Nesse sentido, sua funcionalidade é agregar esse ente e não excluir, dessa forma é diferente da adoção unilateral e que resulta o rompimento de vínculos jurídicos. Nesse tema

reconhece de fato a paternidade biológica justamente com a socioafetiva.

A incidência da multiparentalidade busca a somatória da inclusão da paternidade/maternidade, onde pautada nos vínculos afetivos, o filho credita a outrem a mesma consideração expendidos aos seus pais biológicos, sopesado em laços fortes de amor e afetividade.

Nesta seara, muito se questiona sobre a possibilidade de se inserir no registro civil do filho, dupla paternidade/maternidade, haja vista que os dados ali insertos visam individualizar o indivíduo.

Diante de tantos casos de dupla paternidade de registro civil que começaram a adentrar no Judiciário e a ausência de norma expressa neste sentido, as Cortes Superiores foram instadas a se manifestar sobre a matéria, o que será abordado no próximo capítulo.

3. ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES SOBRE DUPLA PATERNIDADE NO REGISTRO CIVIL E OS EFEITOS JURÍDICOS

A multiparentalidade é um instituto relativamente recente que foi aventada com os novos formatos de constituição familiares, e corresponde a possibilidade de inserção de um duplo registro civil de paternidade, sedimentado por fatores sentimentais e afetivos.

Assim como ocorre na doutrina, a matéria é objeto de intenso debate no âmbito dos Tribunais. Nos primeiros julgados sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/RS, por meio da Apelação Cível nº 70027112192, concluiu que:

Apelação cível. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva. Efeitos meramente patrimoniais. Ausência de interesse do autor em ver desconstituída a paternidade registral. Impossibilidade jurídica do pedido. Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida de ofício. Processo extinto. Recurso prejudicado (TJRS; Apelação Cível 70027112192; Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda. Dj 2.4.2009).

O entendimento assentado pelo TJ/RS fora pela impossibilidade de um indivíduo possuir dois pais. Em seu voto, o relator manifestou que o autor alegou a existência da paternidade socioafetiva, mas que não tinha a intenção de afastar a relação com o pai biológico, e por este motivo, entendeu que este pedido não teria cabimento uma vez que o pleito, não pretendida desfazer o vínculo biológico.

Em contrapartida, no julgamento da Apelação Cível nº 002444/2010, o Tribunal de Justiça do Maranhão estabeleceu uma relação de harmonia entre a paternidade afetiva e biológica:

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Indeferimento de pedido de contraprova. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ausência de comprovação de vício na produção do exame de DNA. Agravo retido improvido. Adoção à brasileira. Paternidade socioafetiva × biológica. Prevalência da paternidade socioafetiva e da relação familiar construída ao longo de 27 anos. Provimento do apelo. I – Embora se leve em consideração a existência de margem de erro, mesmo que mínima, pode a parte impugnar o DNA, mas para que seja deferida, é necessário apresentar motivos sérios, substanciais, que realmente permitam pôr em dúvida o resultado obtido, na medida em que o mero inconformismo da parte com o resultado do laudo pericial não é razão suficiente para que seja determinada a sua repetição. Agravo retido improvido. II – Comungo com as correntes doutrinárias que entendem que a “adoção à brasileira” não pode ser desconstituída após vínculo de socioafetividade. Ao longo de vários anos, conforme afirmação da própria autora considerou o Sr. J. E. como pai, ou seja, por 27 anos viveram uma perfeita relação de pai e filha e pelo simples fato de não ser o pai biológico da autora, após a morte, automaticamente o intitulou de padrasto, desconsiderando por completo a relação familiar havida entre eles. III – Não há razões nos autos que levem a justificar a nulidade do registro de nascimento. A intenção da autora é apenas de ter o nome de seu verdadeiro pai biológico em seu assento. Há de se ressaltar que o Sr. J. E., por livre e espontânea vontade, demonstrou e efetivou o interesse em ter a Apelada como filha. Não havendo nenhum erro ou coação para tal atitude que justifique a anulação do registro (precedente do Superior Tribunal de Justiça). IV – Apelo provido (TJMA; Apelação Cível 002444/2010. Rel. Desembargadora Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa. Dj. 22 jun.2010).

Os laços de afetividade foram fortemente reconhecidos nesta decisão, que valorou a espontaneidade e a vontade do pai e a filha em assim se reconhecerem, afastando qualquer dúvida de não subsunção do fator socioafetivo ao fator biológico.

Cassettari (2015, p. 174) ao comentar sobre a falta de sobreposição entre um fator e outro, apresentou o seguinte questionamento: “Assim, se a parentalidade biológica não se sobrepõe à socioafetiva por serem iguais, não deveriam elas coexistir?”

Em 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a dupla maternidade na Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286, conforme se observa abaixo:

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não

deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286. Rel. Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Dj. 14 ago. 2012)

Na situação fática, o Tribunal declarou a maternidade socioafetiva da madastra e determinou o assentamento de nascimento da criança, sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a matéria no Recurso Extraordinário nº 898.060, proferindo, em síntese, o seguinte entendimento, em sede de repercussão geral reconhecida:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. (STF; Recurso Extraordinário nº 898.060. Rel. Ministro Luiz Fux. Dj. 21 set. 2016)

Ainda com relação a esta decisão do STF, cumpre transcrever algumas fundamentações suscitadas:

(...)14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso quemerecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica,

com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais” (STF; Recurso Extraordinário nº 898.060. Rel. Ministro Luiz Fux. Dj. 21 set. 2016)

Denota-se que ficou reconhecida pelo STF a existência da multiparentalidade, ao admitir a concomitância de vínculo de filiação, biológico e afetivo. Por se tratar de repercussão geral, esse entendimento deve ser adotado em todo o país, sem rediscussão do caso já pacificado pelo STF.

Com este entendimento poderia até ser possível o reconhecimento diretamente no Cartório de Registro Civil, sem a intervenção de advogado ou questionamento perante o Poder Judiciário, mediante concordância do filho maior de idade, e se menor da mãe ou quem conste no registro. CASSETTARI (2015, p. 174).

Acompanhando essa decisão do Supremo, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1998. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDAD PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológicas e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido. (STJ; Recurso Especial nº 1618230. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Dj. 28 set. 2017)

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça consubstanciado na repercussão geral, vem reconhecendo a coexistência da paternidade socioafetiva e biológica, bem como o seu respectivo assentamento no registro civil.

A decisão prolatada pelo STF não minimizou as discussões doutrinárias sobre o assunto, que diante dos reiterados julgamentos pela procedência do duplo registro civil, fomentaram os questionamentos acerca dos efeitos jurídicos deste ato.

Embora as consequências da multiparentalidade pendem de maior elaboração teórica, alguns desdobramentos podem ser relacionados: : a) a possibilidade de aplicação da tese inversa - como o STF foi explícito em afirmar que a existência de uma paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento concomitante de uma paternidade biológica, o inverso também seria verdadeiro; b) a alteração do nome e registro da dupla filiação - como o registro civil traz diversos efeitos jurídicos deverão ser acrescidos no assento de nascimento do filho (e demais documentos correlatos) o nome do novo pai reconhecido (se for esse o caso), também com a adição dos respectivos novos avós; c) guarda e convivência familiar - é possível cogitar no compartilhamento da guarda entre os dois pais reconhecidos em multiparentalidade, incluindo-se a mãe, para as situações que envolvam crianças e adolescentes; d) alimentos de todos os pais - a verba alimentar (quando existente) deverá ser arbitrada de acordo com essa nova realidade (mais um pai), mas sempre com observância do melhor interesse do filho e com respeito às balizas tradicionais da obrigação alimentar, seguindo os critérios da modulação: necessidade, possibilidade, proporcionalidade; e) pagamento de alimentos aos pais idosos - a declaração do vínculo parental de filiação é uma via reciprocidade e, a partir da sua declaração, incide o eventual dever de alimentos a serem prestados aos pais pelos filhos, caso aqueles venham a necessitar; f) herdeiro de ambos os pais e todos os genitores figurando como herdeiros do filho – os filhos de relações multiparentais poderão sim exercer seu direito de herança em face de três ascendentes, se for o caso. Em outras palavras, poderão herdar de dois pais e de uma mãe (se essa for a sua formação familiar); g) direitos previdenciários e securitários – imagine-se um filho com dois pais e uma mãe. Caso esse filho venha a falecer, sem ter descendentes, deixará a sua herança para os seus três ascendentes, nesse caso, a divisão entre os ascendentes deve ser realizada com respeito à divisão por linhas prevista no art. 1.836 do CC, metade para a linha paterna e metade para a linha materna. (CALDERÓN, 2017, p. 227-234).

Sobre os efeitos jurídicos da multiparentalidade, Cassetari (2015, p. 235), aproxima deste mesmo entendimento:

14) Que uma vez reconhecida a parentalidade socioafetiva, o filho e o pai/ mãe socioafetivos se ligam aos parentes do outro, ganhando avós, irmãos, tios, primos, netos, dentre outros.

15) Que são efeitos do reconhecimento da parentalidade socioafetiva o direito aos alimentos, à guarda e visita dos filhos menores, de participar da sucessão, de modificar o nome e receber novos avós no registro civil, de exercer o poder familiar, de receber benefícios previdenciários, de ser inelegível, dentre outros

Depreende-se que o reconhecimento da multiparentalidade impacta em várias consequências cíveis e até em outros ramos do Direito, não há previsão específica em norma, sendo sedimentada em construção doutrinária e jurisprudencial.

Em razão da inserção do duplo registro civil, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ emitiu o Provimento nº 63, que fixou que os Cartórios adotassem, a partir do dia 21 de novembro de 2017, novos modelos de Certidão de Nascimento, Casamento e Óbito. A intenção é que estes novos modelos sejam adequados para garantir o registro daqueles que optaram em constar o nome de seus pais biológicos concomitantemente aos do afetivo, dentre outras facilidades, visando gerar economia processual. (NUNES, 2019, p. 30-31).

Muitas medidas já estão sendo tomadas para adequar o sistema judiciário aos novos arranjos familiares e suas demandas prementes, notadamente quanto ao reconhecimento da multiparentalidade e a inserção da dupla paternidade/maternidade no registro Civil de nascimento, no entanto, muito há de ser debatido sobre os instrumentos adequados para esta formalização e, principalmente, para garantir de forma isonômica os interesses da filiação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de família atual destoa significativamente dos modelos referenciados ao longo da história, que perpassou de um sistema patriarcal e fechado para um sistema plural, democrático e igualitário, que abrange vários tipos de composição.

Para além da família natural e extensa, expressamente previstas no ordenamento jurídico vigente, a doutrina e a jurisprudência reconhecem outros tipos de família, inclusive a Parentalidade Socioafetiva.

A relação na parentalidade socioafetiva reside eminentemente no vínculo afetivo entre as pessoas, não há questões biológicas envolvidas. Os laços que unem estes integrantes fundam-se nas experiências vividas, no carinho, respeito e amor.

Com os diversos tipos de constituições familiares é fácil identificar inúmeros casos onde há a convivência entre os filhos com os pais biológicos e pais afetivos concomitantemente, e tal situação fática clama posicionamento do Poder Judiciário quanto à possibilidade de se assentar no Registro Civil esta Multiparentalidade.

A multiparentalidade, portanto, é um instituto relativamente recente que foi aventada com os novos formatos de composição familiares, e corresponde a possibilidade de inserção de um duplo registro civil de paternidade/maternidade, sedimentado por fatores sentimentais e afetivos.

Embora seja um tema polêmico entre a doutrina, em 2016 o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 898.060, em sede de repercussão geral reconhecida proferiu o entendimento reconhecendo a existência da multiparentalidade, ao admitir a concomitância de vínculo de filiação, biológico e afetivo.

Sopesado nesta repercussão o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Estaduais vêm admitindo a multiparentalidade e determinando a alteração do assentamento do registro civil.

Os efeitos jurídicos decorrentes desta multiparentalidade abrangem a guarda e visita de filhos menores compartilhadas, modificação do nome com a inclusão dos avós, direito a alimentos, exercício do poder familiar, recebimento de benefícios previdenciários, inelegibilidade, sucessão, dentre outros.

Diante da problemática apresentada nota-se que o registro civil de dupla paternidade/maternidade já é uma realidade no Brasil, tanto que, depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, os Cartórios de Registro Civil, por determinação do Conselho Nacional de Justiça, passaram a adequar os seus modelos, de modo a facilitar a busca e o preenchimento deste tipo de registro.

Embora possível, o reconhecimento da multiparentalidade e os efeitos jurídicos dela decorrente, ainda pendem de intensa discussão acadêmica, jurisprudencial e principalmente legislativa, uma vez que não há previsão legal no ordenamento jurídico sobre este instituto, e suas consequências.

REFERÊNCIAS

BONINI, Juliana de Oliveira Reis. **Novos Arranjos Familiares: Da Família da Idade Medieval à Família da Atualidade** - Conversando sobre família recomposta ou família de recasamento. 2009. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/N202644.pdf> Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%20o%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil.> Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Lei nº 11.924 de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padastro ou da madastra. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que concedeu provimento ao Recurso Especial**. Recurso Especial nº 1618230. V.L e O. G. G. L. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 28 de setembro de 2017. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271618230%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271618230%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271618230%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271618230%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que negou provimento ao Recurso Extraordinário**. Recurso Extraordinário nº 898.060. A.N e F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Acórdão de decisão que concedeu provimento ao apelo**. Apelação Cível nº 002444/2010. Rosa Cleide Nóbrega Bezerra e outros e Stella da Rocha Brito. Relatora: Desembargadora Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa. 22 de junho de 2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/9901091/pg-85-diario-de-justica-do-estado-do-maranhao-djma-de-30-06-2010>>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento pedido de reconhecimento da paternidade socioafetiva**. Apelação Cível nº 70027112192. S.O.K e S.N.A.S. Relator: Desembargador Claudir Fidelis Faccenda. 02 de abril de 2009. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70027112192&conteudo_busca=ementa_completa>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão de decisão que concedeu provimento ao pedido de reconhecimento da maternidade socioafetiva**. Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286. Vivian Medina Guardia e Juízo da Comarca. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior. 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tj-sp>>. Acesso em: 15 out. 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**, v. 6. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Juliana Xavier. **Multiparentalidade: a possibilidade da múltipla filiação registral e seus reflexos jurídicos**. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/multiparentalidade-a->

[possibilidade-da-multipla-filiacao-registral-e-seus-reflexos-juridicos/](#)> Acesso em: 16 out. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUNES, Sandy Lenne Santos. **Do Reconhecimento da Dupla Paternidade: efeitos no registro civil**. 2019. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1306/1/Monografia%20-%20Sandy%20Lenne%20Santos%20Nunes.pdf>> Acesso em: 17 out. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Gislaine Aparecida dos Santos. **Dupla Paternidade no Registro Civil**. Disponível em: <<http://www.unisaesiano.edu.br/biblioteca/monografias/61813.pdf>> Acesso em: 09 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. v. 5. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILLELA, João Batista. Família Hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. In: **BARRETO, Vicente (Org.) A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS: PROTEÇÃO LEGAL OU VIOLAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL?

PAMELA FEITOSA DE OLIVEIRA CRUZ :
Graduada do curso de Direito da Faculdade
Metropolitana de Manaus – FAMETRO

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a imposição legal do regime de separação obrigatória de bens para as pessoas septuagenárias por meio do artigo 1641, II, do Código Civil é inconstitucional por gerar uma situação discriminatória para os septuagenários. Essa discriminação do artigo 1641, II, Código Civil é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana disposta na Constituição Federal. Mesmo que o estatuto do idoso tenha reconhecido a sua vulnerabilidade social, entendemos que tal proibição legislativa significa ignorar o princípio da boa-fé objetiva do negócio jurídico disposto por meio do art.113, CC/2002 – concernente ao casamento desses idosos - além de privá-los de sua liberdade para tomar suas próprias decisões em relação as escolhas de regime de casamento

Palavras-chave: família, afetividade, bens, septuagenários, violação, direitos fundamentais

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate that the legal imposition of the mandatory separation of assets for septuagenarian persons through article 1641, II, of the Civil Code is unconstitutional because it generates a discriminatory situation for septuagenarian people. This discrimination of article 1641, II, Civil Code is incompatible with the principle of human dignity provided for in the Federal Constitution. Even if the statute of the elderly has recognized their social vulnerability, we understand that such a legislative prohibition means ignoring the principle of objective good faith in the legal business provided by art.113, CC / 2002 - concerning the marriage of these elderly people - in addition to deprive them of their freedom to make their own decisions regarding marriage regime choices.

Keywords: family, affectivity, assets, septuagenarians, violation, fundamental rights

INTRODUÇÃO

O direito à liberdade é um direito fundamental a concretização da dignidade da pessoa humana, sendo que este perpassa inúmeras coisas, como a liberdade de expressão ou sexual, por exemplo.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 e as demais leis não cria entraves para que as pessoas se relacionem entre si, desde que esta relação seja consentida e dentro dos limites legais para que esta não seja considerada crime, por exemplo.

No caso dos envolvimento entre pessoas maiores, plenamente capazes e que não tem algum tipo de parentesco entre si, a idade não deveria ser um entrave a esta união. As paixões não se resumem sempre a aspectos necessariamente físicos, como o são a aparência, a idade ou o sexo da pessoa.

Assim, entende-se possível a paixão entre pessoas de idades diferentes e que este relacionamento seja composto de confiança, respeito e amor. Estes relacionamentos podem ser sérios, que resultaria em um casamento.

Hoje, no entanto, estes casais enfrentam um problema: em sendo o idoso septuagenário, não há possibilidade de outro regime senão o de separação obrigatória de bens, espécie de “castigo” dado pelo legislador a casamentos que o Estado considera impróprios.

Assim, o presente artigo busca tratar a respeito da inconstitucionalidade da imposição legal do regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários, da maneira que será exposta a seguir.

No item 1, o casamento no código civil, faremos inicialmente um tópico dedicando-nos a conceituação de família pela doutrina e de que maneira a família e o casamento se relacionam, falando também a respeito do conceito e natureza jurídica do casamento, além de verificar as teorias a respeito dele.

O item 2 preocupa-se com a definição dos conceitos e tipos de bens, verificando também se existem princípios que regem os regimes de bens. O item 2 também aborda a respeito dos casos em que o regime de separação de bens é obrigatório pela lei.

Após isso, pretende-se analisar da forma propriamente dita o assunto do artigo, destacando a violação do direito de liberdade da pessoa septuagenária a partir do item 3, buscando compreender a proibição e verificando se existem maneiras de resolver controvérsias judiciais em razão da imposição do regime de separação obrigatória para casamentos com pessoas septuagenárias.

Para isso, será trabalhado no item 3 a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 do Código Civil, além da existência de um remédio provisório, a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e a sua controvérsia na doutrina.

1 O CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL

No presente tópico, teceremos algumas considerações a respeito do casamento no Código Civil, desde os conceitos de família e sua relação com o casamento – uma vez que a entidade familiar também pode ser formada por meio do casamento.

Com isso, pretende-se que o leitor entenda a importância da aplicação destes conceitos no caso dos casais com pelo menos uma pessoa septuagenária, vez que a aquisição de bens é consequência comum da formação de família.

Por meio dos autores apresentados e das considerações aqui feitas, gostaríamos de demonstrar de que maneira essa proibição fere o princípio constitucional da isonomia e acaba causando a discriminação para com o idoso septuagenário.

1.1 Conceito de família e sua relação com o casamento

Antes de conceituarmos o casamento, é necessário compreendermos os conceitos de família e a sua relação com o casamento. Desta maneira, faremos algumas reflexões a respeito do conceito de família e da sociedade conjugal.

Segundo Nogueira (2007), a entidade familiar inicia-se com a união dos cônjuges, aumentando conforme o casal tem filhos - vínculos sanguíneos - e esses filhos vão renovando esse ciclo, trazendo cada vez mais pessoas para o seio familiar:

A entidade familiar de início é constituída pela figura do marido e da mulher. Depois se amplia com o surgimento da prole. Sob outros prismas, a família cresce ainda mais: ao se casarem, os filhos não rompem o vínculo familiar com seus pais e estes continuam fazendo parte da família, os irmãos também continuam, e, por seu turno, casam-se e trazem os seus filhos para o seio familiar.

A partir daí, Nogueira (2007) conceitua família como um grupo formado por indivíduos que se unem por meio da afinidade ou laços de sangue:

A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento.

A conceituação por Nogueira (2007) vai de encontro à jurisprudência pátria, que entende que a família tem como fundamento basilar não tão somente os laços sanguíneos, como também os de afetividade – descrita como afinidade pela autora.

Calderón (2017) entende que conforme os anos se passam e os antigos paradigmas são sendo superados, há uma tendência natural à mudança de pensamentos. Novas necessidades e realidades vão sendo criadas e com elas novas necessidades vão surgindo, sendo necessário que o Direito se adapte a essas novas necessidades em decorrência dessas realidades sociais:

A família contemporânea vivencia um processo de transição paradigmática, pelo qual se percebe um paulatino decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses do grupo social) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes. No decorrer da modernidade o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais.

(...)

O Direito, permeável à realidade que lhe é subjacente, sofreu o influxo dessa mudança, sendo cada vez mais demandado por conflitos indicadores deste outro cenário que se apresentava. A cultura jurídica brasileira, entretanto, ainda está baseada em um Direito de matriz

moderna, precipuamente formal, com forte relevância da lei na definição do que se entende por Direito, em vista do que o diálogo com esta pulsante realidade em movimento não foi tranquilo.

Dessa maneira, sendo parte do ordenamento jurídico, o direito de família não é diferente: cada vez mais vemos novos tipos de formações de grupos familiares, formados em decorrência de diferentes relacionamentos afetivos e o direito de família precisa se adaptar a essas novas formações familiares.

Podemos depreender, então, que a família tida como “tradicional”, já não é mais a única possibilidade de família. Assim, houve uma mudança na interpretação legal nos conceitos dispostos previamente por lei.

Essa mudança de paradigma da família brasileira pode ser visualizada principalmente por meio da interpretação do artigo 226 da Constituição Federal, em que os juristas reconhecem a pluralidade que a família possui na realidade concreta e puderam incluir os mais variados tipos de família.

De famílias monoparentais a famílias constituídas pela união homoafetiva, essas novas formações não eram pensadas como possíveis até um passado recente, muito pela cultura conservadora da sociedade da época.

Em se tratando de família, não podemos deixar de relacioná-la com o casamento, principalmente levando em consideração o modelo de entidade familiar dita como “tradicional” por muitos anos, que seria predominante e favorecido pelo Direito por muitos anos, uma vez que não havia reconhecimento de outros tipos familiares.

Segundo Souza (2009), a doutrina pátria reconhece que o casamento é um dos principais fatores lembrados quando falamos em família, ressaltando, no entanto, que o pluralismo familiar rompeu com a família constituída unicamente pela união por meio do casamento:

Quando se pensa em família, lembra Maria Berenice Dias, sempre se pensa em “um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos”.

Esta realidade se modificou. É o surgimento de novos modelos de famílias. Esclarece: “O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família.

A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos

havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.”

Um dos principais fatores legais para mudança de paradigma legal a respeito das famílias foi o princípio da dignidade da pessoa humana, que entendeu que o casamento legalmente constituído não era, necessariamente, requisito basilar para a constituição das famílias.

Sendo, no entanto, a modalidade de família ainda mais conhecida e difundida, trabalharemos nos próximos tópicos a respeito do casamento e suas consequências patrimoniais.

Em seguida, refletiremos a respeito dos fundamentos legais que permitem que os idosos septuagenários sejam discriminados, uma vez que suas escolhas para regime de bens não são respeitadas em decorrência da imposição legal do regime de separação total de bens.

1.2 Conceito e natureza jurídica do casamento

O conceito de casamento é polêmico na doutrina. Isso porque ele tem três teorias para sua definição: a teoria contratualista, a teoria institucionalista e a teoria eclética.

Segundo Diniz (2007, p.35) o casamento pode ser definido como “vínculo jurídico entre homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Entendemos que esse conceito precisa de alguma complementação, visto as transformações da sociedade.

Nesse sentido, Gonçalves (2012, p.39) entende que “o casamento, como todas as instituições sociais, varia com o tempo e os povos”. Feito essa complementação, cabe salientarmos a importância de o casamento não ser apenas uma instituição “quadrada”, em um padrão específico de pessoas: ele abrange aqueles que dele querem se utilizar, desde que não haja algum impedimento legal.

A partir dessas considerações, é importante discutirmos a respeito das teorias que levam a compreensão do casamento no direito brasileiro. São três: a teoria contratualista, a teoria institucionalista e a teoria mista ou eclética.

O casamento, por meio da teoria contratualista – ou individualista – seria mais bem definido como um acordo de vontades, onde as partes interessadas concordam em viver uma vida juntos e ter todos os direitos e obrigações dispostos nos artigos 1565 e seguintes um para com o outro.

Segundo Garcia (2018), no âmbito da teoria contratualista, o casamento poderia ser definido como um negócio jurídico do direito de família, por possuir rito solene e autonomia de vontade:

A teoria contratualista entende a união em casamento, como um negócio jurídico de direito de família, de natureza contratual, ou seja,

tem a forma escrita em lei, com um rito solene de celebração, em que os nubentes declaram a vontade em adotar um determinado regime de bens, aqui prevalece a autonomia da vontade, sendo assim a declaração dos nubentes constituem o casamento e o juiz apenas tem a função homologatória do ato.

Já na teoria institucionalista, prevaleceria a ideia de que o casamento é uma espécie de instituição social, onde não haveria tal liberdade pregada pela teoria contratualista, vez que o casamento seria a célula mater da sociedade e, por conseguinte, de interesse público.

A teoria institucionalista por adotar as normas legais, o casamento é regulado pela lei. Assenta-se na convicção de que o casamento é a “célula mater” da sociedade, e de interesse público, assim, a instituição do casamento dá-se por ação do juiz. Não cabe nenhuma interferência dos nubentes, salvo, para escolher o regime e exarar a sua declaração de vontade. (GARCIA, 2018)

Nesse teor, a teoria mista ou eclética entende que o casamento não é tão somente um negócio jurídico de direito de família nem somente uma instituição social, mas os dois.

Os autores que defendem a teoria mista entendem que o casamento possui as duas características: não seria tão somente uma entidade, uma instituição social, por se tratar da célula mater da sociedade, mas também não seria apenas uma espécie de negócio jurídico, com algumas solenidades especiais.

Nesse caso, por ser a primeira instituição social a qual o indivíduo se conecta e ao mesmo tempo possui como condição de validade um rito solene legalmente instituído, a corrente mista entende que o casamento seria essa mistura entre as duas correntes anteriores, e que uma relação combinaria com a outra.

Lendo o Código Civil cominado com a Constituição Federal, percebe-se que o legislador adotou a posição da teoria mista para o casamento, por meio do art. 226 da Constituição Federal: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” e do artigo Art. 1.511 e seguintes, com a seguinte redação: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

É importante salientar que os próximos artigos do Código Civil tratam a respeito das incapacidades e impedimentos para se casar, trazendo também as demais exigências legais para a concretização deste casamento.

Nesse sentido, cabe a discussão do próximo tópico a cerca do regime de bens, que disciplina a consequência lógica da união e posterior constituição de família: adquirir bens.

2. Regime de bens: conceito e tipos

O regime de bens pode ser definido, de maneira muito sucinta, como a maneira que o casal encontrará para dividir os bens adquiridos no decorrer do casamento, e pode ser dividido em quatro tipos principais de regimes constituídos pela lei: o regime de comunhão

parcial de bens que, diga-se de passagem, é o mais utilizado pelos casais hoje, o regime de comunhão universal de bens, o regime de separação de bens e o regime de participação final nos aquestos.

Nesse sentido, cabe apresentarmos algumas posições doutrinárias a respeito do tema. Silva Neto (2011) nos traz uma definição didática a respeito do tema em tela, além de nos demonstrar a importância do regime de bens dado o efeito jurídico de caráter patrimonial que o casamento proporciona a aquele que se utiliza desse instituto jurídico:

Os regimes de bens constituem, na concepção de Caio Mário [02], princípios jurídicos que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges enquanto perdura o casamento. São diretrizes que conduzem e regulam as relações pecuniárias que dizem respeito ao patrimônio dos cônjuges.

Sabe-se que o casamento apresenta efeitos jurídicos de duas ordens: uns de caráter pessoal, outros de caráter patrimonial. É com relação a este último aspecto que se encaixa a discussão sobre regime de bens, sendo imprescindível para a convivência financeiramente sadia dos consortes.

Albuquerque (2016) entende que o regime de bens seria “conjunto de regras que disciplinam domínio e administração de bens dos cônjuges ou dos conviventes.

Se aplica ao casamento e à união estável”. Albuquerque (2016) salienta, ainda, que esse conceito está diretamente ligado a dois princípios. São eles a variedade dos regimes e a liberdade de escolha dos regimes, conforme podemos ver a claramente seguir:

princípio da variedade dos regimes: o CC prevê 4(quatro) espécies de regimes. Se os noivos querem escolher um dos regimes, tem que escolher seu pacto antenupcial sob pena de, se não o fizerem, vigorar o regime legal (comunhão parcial de bens). Se quiserem os regimes de comunhão universal, separação total ou participação final nos aquestos, após o casamento registra no cartório de imóveis o seu regime matrimonial de bens. princípio da liberdade de escolha dos regimes: os artigos 1639 e 1640 permitem que o casal opte pelos regimes que o CC regula, feito no processo de habilitação (se quiserem outro que não o parcial, faz o pacto e aí leva ao cartório de registro civil informando que fez escolha de outro regime).

Assim, salienta-se a liberdade – até então - de o casal escolher o regime ao qual gostaria de reger seus bens, a partir do princípio da liberdade de escolha dos regimes, como trazido por Albuquerque (2016).

Esse princípio, no entanto, não é atingível a todos os casais. Isso porque existem alguns casos específicos onde o casal não pode ter a liberdade de escolha do seu regime, em decorrência de algum fato considerado como juridicamente relevante pelo legislador.

No tópico a seguir, trabalharemos mais a respeito dessas situações em que o casal não pode escolher seu regime de bens, trabalhando a respeito dos regimes obrigatórios no âmbito do casamento.

2.1 Regimes obrigatórios – casos em que a separação total de bens é legalmente instituída.

No presente tópico, nos ateremos ao regime ao qual nos referimos no título do artigo: a separação total de bens. A utilidade deste tópico é o de demonstrar ao leitor as situações em que este regime é legalmente imposto aos interessados em casar-se nessas situações, espécie de “castigo” a esses particulares, conforme crítica apresentada por DIAS (2013).

Segundo o artigo 1641, Código Civil, a obrigatoriedade de casamento no regime definido por lei decorre de três situações bem específicas. São elas aqueles que não observam as causas suspensivas do casamento, aqueles que dependem de suprimento judicial para se casar e das pessoas maiores de 70 anos, conforme podemos ver a seguir:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Ao observar o referido artigo e o inciso a que se refere o casamento de pessoa maior de 70 anos, torna-se importante destacar que este inciso foi adicionado pela lei 12.344/2010.

Antes dessa alteração legal, a idade exigida para a adoção de regime obrigatório de separação de bens era de 60 anos de idade, tendo esta exigência vigorado até 2010.

Talvez essa alteração legislativa, de 60 para 70 anos, possa nos denotar que o próprio legislador acredita em uma possível falta de razoabilidade em impor a essas pessoas um regime obrigatório de divisão de bens, indo contra a liberdade de escolha dos idosos e, indo mais além, gerando discriminação para com essas pessoas, ferindo, inclusive, preceitos constitucionais como a isonomia e o direito à propriedade dessas pessoas, por exemplo.

3. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LIBERDADE DA PESSOA SEPTUAGENÁRIA

A Constituição Federal, por meio do princípio da igualdade, dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Também dispõe, no artigo 5º, um rol de direitos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Como o presente artigo tem como principal objetivo discutir a respeito da liberdade de escolha da pessoa septuagenária, levando em consideração que o direito de liberdade é

muito amplo e existe em vários aspectos da nossa vida, desde a liberdade de locomoção e a de escolha, tornou-se útil a

Sobre a escolha, o casamento não deixa de assim ser: a parte pode escolher a pessoa com a qual mais se identifique e queira constituir família para levar uma vida juntos e construir várias coisas, entre as quais o patrimônio.

O Código Civil, por meio do artigo 1511, estabelece o casamento como “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Há discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica deste, onde parte dos doutrinadores a consideram como negócio jurídico conjugal (teoria clássica), como instituição (teoria institucionalista) ou reconhecendo como ambas as coisas (teoria mista/eclética).

Adotando a teoria mista, percebe-se que o casamento é um ato complexo, pois divide-se em duas fases:

- 1) liberdade de escolha do cônjuge, regime de bens e forma de celebrar o contrato (civil ou religiosamente);
- 2) após o casamento, submissão as regras de direito.

Ocorre que, no caso de idosos, não há liberdade de escolha de regime de bens: eles devem casar-se em regime de separação obrigatória de bens, obedecendo além do disposto no Código Civil, as disposições constantes no devido regime de bens.

Aliando este conhecimento ao disposto no código civil por meio do artigo 113, caput, sobre a interpretação no sentido de supor a boa-fé do negócio jurídico conforme os costumes locais, não é razoável que o legislador, como parte do Estado, possa interferir na vontade alheia a contrario sensu dos princípios previamente dispostos.

E é justamente a respeito dessa falta de razoabilidade que discorreremos nos próximos subtópicos deste trabalho.

3.1 Da inconstitucionalidade do artigo 1641, II, Código Civil

O privilégio ao patrimônio em detrimento da liberdade de escolha nos parece uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Para Cunha (2013), o argumento da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641, Código Civil dá-se, principalmente, em função da aparente cópia deste inciso de um artigo do Código Civil anterior, que na visão da autora não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, Cunha (2013) também entende que a os valores dispostos no atual Código Civil são muito diferentes daqueles dispostos no anterior, o que geraria um conflito de interesses:

O artigo 1641, II, do Código Brasileiro de 2002 é cópia do antigo artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916. O Código de 1916 era tido como um código patrimonialista no sentido de que o código visava a preservar o patrimônio da pessoa.

Sendo assim, é correto afirmar que o patrimônio e sua preservação vinham em primeiro lugar. No entanto, o Código Civil de 2002 tem os seus maiores preceitos na ruptura com o Código Civil de 1916 e sua concepção personalista.

Dessa forma, em razão da ruptura com o Código Civil de 1916, o atual artigo 1641, II, do Código Civil de 2002 não deveria ter sido preservado. Ainda, em detrimento da concepção personalista presente no atual Código Civil, o artigo 1641, II, não deveria ter sido recepcionado, pois, com o advento desse artigo, o patrimônio é mais importante do que a pessoa.

Visa-se à preservação do patrimônio ainda que em detrimento da liberdade de pessoa com idade superior a 70 anos.

A respeito da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 do Código Civil, Bordoni (2014) traz que essa medida seria um choque à luz do direito a dignidade da pessoa humana, preceito estabelecido constitucionalmente.

Dessa forma, Bordoni (2014) entende que a imposição deste regime é manifestamente inconstitucional por, entre outros motivos, invadir por demais a privacidade do indivíduo:

Assim, à medida que o artigo 1641, II do Código Civil retira dos idosos com mais de setenta anos a possibilidade de decidir questões patrimoniais referentes ao seu casamento, entra em choque com o postulado da dignidade humana estabelecida no texto constitucional. Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo, limitando a sua autonomia privada – o que não condiz com a principiologia do Estado Democrático de Direito. (DINIZ, 2011, p.132).

De forma, é imposto o regime da separação legal de bens, que gera a incomunicabilidade absoluta. A intenção do legislador, para a restrição em análise, se sustenta na proteção do idoso contra o interesse meramente econômico de pessoas que quisessem com o mesmo contrair núpcias, como menciona Carvalho Filho (2010, p. 1641) de “uma união fugaz e exclusivamente interesseira” e, na proteção aos herdeiros.

Entretanto, não se pode presumir que o casamento se dará com pessoa de idade diferente e, apenas, por interesse econômico, como também

que não haverá esforço mútuo para aquisição e conservação do patrimônio amealhado.

3.2 Remédio provisório para os casos concretos: aplicação da súmula 377, STF

A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Tal súmula traz a importância da comunicabilidade dos bens obtidos durante o casamento, em decorrência do esforço comum. Atualmente, a Súmula 377 ainda tem sido aplicada, ainda que alguns questionem a sua aplicabilidade, uma vez que tal súmula data anterior a Constituição Federal e ao atual Código Civil, que dispõe sobre os regimes de bens atualmente aceitos no direito brasileiro.

A partir dela, os bens adquiridos na constância do casamento seriam divididos entre os cônjuges. Nada mais justo, uma vez que o esforço por parte dos cônjuges teria sido comum e, ao não permitir a divisão de bens, o legislador propicia aos casais dificuldades que não estariam presentes nas demais formas de união estável ou casamento.

Esses “castigos” dados pelo legislador, a fim de desestimular as uniões que o Estado considera como inapropriadas, caracteriza uma intervenção ilegal, uma vez que esta intervenção fere o princípio da mínima intervenção do Estado na formação das famílias.

Como vimos, a aplicação da referida súmula não é assunto apaziguado pela doutrina. A respeito destas controvérsias, o próximo tópico as aprofundará mais e, a partir deste debate, verificaremos qual corrente melhor se aplica, ao menos em tese, aos casos de casamento de idosos septuagenários.

3.2.1 Controvérsias sobre a aplicação da súmula 377, STF

Sobre a separação obrigatória de bens, a súmula de n 377 do STF de 1964 ainda vem sendo aplicada em julgados atuais. Para TOLENTINO (2018), essa aplicação refere-se porque, segundo a súmula, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Segundo TOLENTINO (2018), tal disposição ainda gera intenso debate entre a doutrina, principalmente por falta de segurança jurídica que para uns a súmula 377 pode representar. Para estes, as decisões pautadas fora do disposto no código civil poderiam ser decididas de formas muito divergentes entre os magistrados em geral.

Ainda segundo Tolentino (2018), existem dois grupos de doutrinadores: aqueles que entendem que a Súmula 377 deve ser aplicada tão somente quando existe comprovação de esforço comum por parte dos cônjuges. Outra parcela de doutrinadores, no entanto, são ainda mais radicais. Para estes, a Súmula 377 não deveria ser aplicada em nenhuma hipótese, uma vez que poderia estimular o enriquecimento ilícito:

Para parte dos doutrinadores, a súmula instiga o enriquecimento ilícito, pois tal entendimento contraria o Código Civil e impõe

automaticamente a divisão dos bens adquiridos na constância do casamento, mesmo no regime da separação de bens.

Já para a outra corrente, a súmula só deverá ser aplicada se comprovado o esforço comum dos cônjuges para a aquisição de bens, justificando, desta forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento ou falecimento do cônjuge, mesmo no regime da separação de bens.

Ao analisar os argumentos levantados por Tolentino (2018), entendemos por razoável a aplicação da Súmula quando comprovado o comum esforço por ambos os cônjuges, uma vez que a sua não aplicabilidade poderia até, de um certo modo, tornar uniões estáveis ou casamentos com pessoas septuagenárias cada vez mais desaconselháveis ou difíceis de serem celebrados, justamente por conta da discriminação que a lei acaba gerando com os septuagenários.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe várias inovações ao direito de família, como o reconhecimento de mais de um tipo de unidade familiar, diferente dos conceitos familiares a muito enraizados em decorrência do Código Civil de 1916, que refletia o caráter patrimonialista e patriarcal que o Estado e a sociedade tinham a respeito da família.

Com este reconhecimento, o Código Civil de 2002 ressaltou a importância da afetividade para as relações familiares, de maneira que esta afetividade se sobrepõe a mera forma que esta família será formada, de uma maneira geral – tal como ocorreu com a possibilidade de reconhecimento da união estável como família, a muito tempo repudiada e conhecida como “concubinato puro”.

É importante ressaltarmos também que, no silêncio do casal, o regime aplicável como regra geral pela legislação brasileira é o regime de comunhão parcial de bens, que vigorará apenas a partir do casamento e que permitirá a divisão dos bens obtidos apenas na constância do casamento, valorizando o esforço comum de ambos os cônjuges.

Embora o legislador, para algumas pessoas, tenha a intenção de não permitir que alguém se apodere dos bens dos idosos, na prática o que acontece é a discriminação para com os idosos septuagenários, que acabam não podendo gerir seus bens da maneira que bem entendem por controle do Estado.

Nesse sentido, torna-se relevante a aplicação da Súmula 377 nos casos em que é comprovado o esforço em comum, para que este idoso possa ter os mesmos direitos dos casais que o legislador não impõe esse ônus, tal como ocorre com os casamentos e uniões estáveis, por exemplo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, F. Regime de Bens. Disponível em:
<https://fernandalbuquerque.jusbrasil.com.br/artigos/338184438/regime-de-bens>

BORDONI, A. A inconstitucionalidade da restrição etária na escolha do regime de bens do casamento. *Pública Direito*, 2014. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8f62fe2aabd402d5>

BRASIL. Código Civil. Brasília, 2002.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 1988.

CABRAL, L D. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos. Fundação Universidade Federal de

Rondônia – UNIR, 2016. Disponível em:
<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC%20.pdf>

CALDERÓN, R. Princípio da Afetividade no Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CUNHA, C D. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO CÓDIGO

CIVIL BRASILEIRO. Disponível em:
<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5201/1/RA20852533.pdf>

DIAS, M B. Manual de Direito das Famílias. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, M H. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. 22. ed. São Paulo, editora Saraiva, 2007, p. 35.

GONÇALVES, C R. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo, editora Saraiva, 2012, p. 39, e-book.

LINO, J M. Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Separação de Bens aos maiores de setenta (70) anos. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB,

2015. Disponível em:
<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8559/1/21349952.pdf>

NOGUEIRA, M B. A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>

PLANTULLO, V L. Teorias sobre a natureza jurídica do casamento. Disponível em:
<http://www.sedep.com.br/artigos/teorias-sobre-a-natureza-juridica-do-casamento/>

TOLENTINO, A L P. As controvérsias geradas pela súmula 377 em relação ao regime da separação legal de bens. *Migalhas*, 2018; Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/286245/as-controversias-geradas-pela-sumula-377-em-relação-ao-regime-da-separação-legal-de-bens>

VIDEIRA, A P. As diversas doutrinas acerca da Natureza Jurídica do Casamento. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://antoniopedrovideira.jusbrasil.com.br/artigos/402749896/as-diversas-doutrinas-acerca-da-natureza-juridica-do-casamento>